رَوضَةُ القُضَاةِ وَطريقُ النّجَاة

للعلامة أبي القاسم علي بن محمّد بن احمد الرحبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحُامي

الدكتور صلاح الدّين النّاهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الثاني

مؤسسة الرسالة
بيروت

دار الفرقان
عمان

الطبعَة الثانيـة
١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م



للنشر والتوزيع
عمان / الاردن / جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٩٢١٥٢٦ - تلفون : ٦٦٠٩٣٧



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف : ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص . ب (٧٤٦٠) برقياً : بيوشران ٠

فصـــــل

٢٨١٧- واذا أجاز المستأجر بيع الدار في المدة بطلت الاجارة •

٢٨١٨- وقال الشافعي لاتبطـل •

فصـــــل

ما تلف عند الأجير المشترك من غير فعله

٢٨١٩- ولا ضمان على الاجير المشترك فيما تلف في يديه من غير فعله •

٢٨٢٠- وما أتلف من عمله فهو مضمون عليه •

٢٨٢١- خلاف أبي يوسف ومحمد ، والشافعي في أحد قوليه يضمن •

٢٨٢٢- وقال زفر لايضمن في الوجهين جميعا وهو أحد قوليه أيضا •

فصـــــل

٢٨٢٣- واذا أجر عبده واعتقه والصبي اذا بلغ فلهما الخيار •

٢٨٢٤- وقال الشافعي لا خيار لهما •

٢٨٢٥- وان أجر مال الصبي ثم بلغ فلا خيار له •

٢٨٢٦- وقال الشافعي له الخيـار •

٢٨٢٧- ولو زوج أمته ثم بلغ فلا خيار له عند الجميع •

فصـــــل

إجارة الكتب

٢٨٢٨- واجارة الدفاتر للقراءة لاتجـوز •

٢٨٢٩- وقال الشافعي تجوز •

فصـــــل
استئجار الدراهم والدنانير

٢٨٣٠ـ واختلف في استئجار الدراهم والدنانير للتجمل بها ، والمكـــاييل للزينة والمعيار فأجازه الكرخي ، ومنعه غيره •

٢٨٣١ـ واختلف أصحاب الشافعي مثل ذلك •

فصـــــل
إجارة العبد المسلم من الذمى

٢٨٣٢ـ واختلف أصحابنا في اجارة العبد المسلم من الذمـــي ، وخَرَّج أصحاب الشافعي ذلك على وجهين كالبيع •

٢٨٣٣ـ وقد أجر علي عليه السلام نفسه من امرأة يهودية ليسقي كل دلو بتمـــرة •

فصـــــل
استئجار الحائط

٢٨٣٤ـ ولا تجوز اجارة حائط ليضع عليه خشبة أو يبني ســترة •

٢٨٣٥ـ وقال الشافعي يجوز •

فصـــــل
استئجار رجل لنقل الخمر

٢٨٣٦ـ ويجوز أن يستأجر رجلا لينقل الخمـــر •

٢٨٣٧ ـ وقال الشافعى لا يجوز • لانه عمل معلوم •

فصـــــل
استئجار دار ليتخذها مصلى

٢٨٣٨ـ وان اســتأجر دارا ليتخذها مصلى ومسجدا لم يجز •

٢٨٣٩ـ وقال الشافعي يجوز •

٢٨٤٠ ـ واجاز أصحابنا بيت السواد ان يتخذ بيعة ، ومنهم من اسقط الخلاف •

فصـــــل

الدلال

٢٨٤١ـ واذا استأجر رجلا ليبيع له ثوبا فالاجارة باطلة لانه يقف على فعل الغـــير •

٢٨٤٢ـ وقال الشافعي يجـــوز •

الأجرة على الطاعات

٢٨٤٣ـ ولا تجوز الاجارة لتعليم القرآن ولا بشيء من الطاعات والمعاصي•

٢٨٤٤ ـ وقال الشافعي يجوز فى تعليم العلوم والقرآن وكل منفعة مباحة ، لانه يقف على فعل عـدم •

فصـــــل

شرطان في عقد

٢٨٤٥ـ وان شرط أن يعمل في الدار الجديد بدرهم ، وان سكن فنصف درهم جاز في قوله الاول ، ولا يجوز في الثاني •

٢٨٤٦ـ وهو قولهما وقول الشافعي •

٢٨٤٧ ـ وان قال ان خطت الثوب اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصـف (درهم) فالشرط الاول جائز والثاني باطل •

٢٨٤٨ـ وقال زفر : الشرطان باطلان ، وهو قول الشافعي •

٢٨٤٩ـ وقالا جائزان •

فصـــل

استأجره ليقتص

٢٨٥٠ـ وان استأجره ليقتص له في النفس فالاجارة باطلة عند أبي حنيفه وابي يوسف •

٢٨٥١ـ وقال محمد والشافعي جائزة •

٢٨٥٢ـ ولو كان على الطرف لجاز عندهم جميعا •

فصـــل

أجرة القصاص

٢٨٥٣ـ واجرة القصاص في الطرف على المقتص له •

٢٨٥٤ـ وقال الشافعي على المقتص منه •

فصـــل

استئجار الدابة

٢٨٥٥ ـ واذا استأجر دابة الى موضع معلوم فبقيت في يده مدة يمكن ان يمر اليه فلا أجرة عليه •

وقال الشافعي عليه الاجرة •

٢٨٥٦ـ ولو ساقها في الطريق ولم يركب وجب عليه الاجرة باتفاق •

فصـــل

كفيل بالأجرة

٢٨٥٧ـ واذا أعطاه بالاجرة قبل وجوبها كفيلا أو ابرأه منها او صارفه عليها فهو جائز •

٢٨٥٨ـ وعن أبي يوسف أنه لايجوز قبل الوجوب •

باب

من اختلافهما في الأجارة

فصـــــل

ادعى أنه أجره داره

٢٨٥٩ـ واذا ادعى رجل على آخر أنه اجره داره وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، فان أقام بينة قضى بالاجارة اذا كانت على مدة معلومة واستوفيت شروط الصحة ، ولا خلاف في هذا الفصل •

فصـــــل

اختلافهما في الثوب

٢٨٦٠ـ واذا اختلف رب الثوب والخياط في الثوب فقال رب الثوب أمرتك بقميص ، وقال الخياط بقباء ، فالقول قول رب الثوب عندنا •

٢٨٦١ـ وكذلك اذا اختلف هو والصباغ فقال الصباغ أمرتني بأحمر وقال رب الثوب بأخضر •

٢٨٦٢ ـ وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط والصباغ •

٢٨٦٣ـ وقال الشافعي بالقولين جميعا •

٢٨٦٤ـ ومن أصحابنا من قال له قول آخر انهما يتحالفان في ذلك لان الاذن مستفادة من جهة رب الثوب فكان القول قوله فيه كما لو ادعى ابنه ونفاه فان القول قوله •

فصـــــل

اختلافهما في قدر المنفعة أو الأجرة

٢٨٦٥ـ واذا اختلفا في قدر المنفعة أو الاجرة أو فيهما فأنهما يتحالفان ، قياسا على البيع ، لاختلافهما في المعقود عليه •

٢٨٦٦ـ واذا تحالفا في ذلك كان الحكم في ذلك كالحكم في البيع على ماقدمنا من الخلاف في فسخ العقد بهما أو بالحاكم لان الاجارة كالبيع لانها بيع المنافع •

فصل

اختلافهما في مقدار الأجرة

٢٨٦٧ـ وان قال اجرتني الدار سنة بخمسة وقال المؤجر بعشرة تحالفا كما قدمناه ، وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الاجر •

٢٨٦٨ـ وقياس قولهم في البداية باليمين ان يبدأ المؤجر كما يبدأ البائع على قول أبي يوسف ، وقول محمد يبدأ المشترى فينبغي ان يبدأ بالمستأجر ههنا •

٢٨٦٩ـ هذا اذا اختلفا قبل العمل والسكنى •

٢٨٧٠ـ فان اختلفا بعد فراغ العمل ومضي المدة فالقول قول المستأجر مع يمينه كالخلاف بعد هلاك السلعة •

فصل

العبرة ببينة المؤجر

٢٨٧١ ـ وان أقاما بينة أخذت بينة المؤجر لانها تثبت الزيادة فى ذلك فكانت أولى ، ولان المستأجر بينته تنفى والاخرى تثبت فكانت اولى بالعمل •

فصل

اختلافهما في المدة أو قدر المسافة

٢٨٧٢ ـ واذا اختلفا فى المدة او قدر المسافة فهو على مامضى من التحالف والنكول •

٢٨٧٣ـ وان أقاما جميعا البينة اخذت بينة المستأجر لانها تثبت زيادة المدة والمسافة والاخرى تنفى ذلك فيكون المثبت اولى •

فصـــــل

ادعاء كل واحد منهما فضلاً

٢٨٧٤ـ واذا ادعى كل واحد منهما فضلا •

٢٨٧٥ـ فقال المؤجر أجرتك الى القصر بعشرة وقال المستأجر اجرتني الى الكوفة بعشرة تحالفا ، وايهما نكل لزمه دعوى الآخر • وان أقام احدهما بينة قضى بها •

وان أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد على فضل عقـــده لانها تثبـت استحقاقا له على الآخر فتقبل في الفضل •

فصـــــل

اختلافهما في المسافة والأجرة

٢٨٧٦ـ ولو قال المؤجر : اجرتك الى القصر بدينار ، وقال المستأجر الى الكوفة بعشرة دراهم ، فهي الى الكوفة بدينار وعشرة لأنهما اختلفا في اجر الدابة الى القصر ، فأقاما البينة ، فالبينة بينة المؤجر ، ثم ادعى المستأجر اجارة الى الكوفة بعشرة ، لان القصر نصف الطريق ، وجحد ذلك المؤجر فتكون البينـــة المثبتـة للاجارة اولى ، فلهذا قضينا بها الى الكوفة بدينار وعشرة دراهم •

فصـــــل

اختلافهما في طول الثوب وعرضه

٢٨٧٧ ـ ولو دفـع غزلا الى الحائك لينسج له ثوبا سبعا في أربعـة فنسجه ستا في أربعة ، فصاحب الثوب بالخيار •

ان شاء سلم له الثوب وضمنه مثل غزله ، وان شاء أخذه واعطاه بحســـاب ذلك من الاجر الذي سماه ، لان غرض صاحب الثوب لم يسلم له ، لانه ينتفـــع بالطويل مالا ينتفع بالقصير ، فكان الخيار له ، فان اختار الاخذ أخذ بحســـابه ،

كمن استأجر رجلا ليضرب له لبنا معدودا فضرب بعضه وفات وقت الضرب استحق بحساب ماعمل ، كذلك هذا •

فصــــل

إفساد صفة المصنوع

٢٨٧٨- ولو نسجه على ماقال من الذرع الا أنه أفسد الصفة فجاء به رقيقا وقد أمره بالصفيق ، أو جاء به صفيقا وقد أمره بالرقيق فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله ، وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله ، لايتجاوز بـه ماسمي ، لانه اتى بالمعقود عليه وخالف في صفة فثبت له الخيار •

فصــــل

الزيادة في ذرع المصنوع

٢٨٧٩- واذا ما أتى بالذرع والصفة المعقود عليها وزاد في ذرعه ، فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وكان الثوب للصانع ، وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمي ، ولا يزيد في الاجر لزيادة الذرع ، لان الصــــفة تغيرت فيثبت الخيار ، ولا أجرة فيما زاد لانه عمله بغير اذن صاحبه •

فصــــل

اختلافهما حول ما زاد في الثوب بالصبغ

٢٨٨٠ - واذا دفع رجل الى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه ، واختلفـا :
فقال الصباغ عملته بدرهم •
وقال رب الثوب بدا نقين •
فان أقاما بينة أخذت بينة الصباغ ، وان لـم يكن لهما بينة فاني أنظر الى مـا زاد الصبغ في الثوب ، فان كانت درهما أو أكثر اعطيته اكثر بعد ان يحـــلف الصباغ ما صبغه بدانقين ، وان كان الصبغ زاد أقل من دانقين اعطيته دانقين ، ولم

يذكر أصحابنا في الكتاب اذا زاد على دانقين ونقص عن درهم ، وينبغي أن يعطي مازاد على ذلك كما قالوا في مهر المثل •

فصـــــل

اختلافهما حول الاتفاق على أجرة الصانع

٢٨٨١ ـ واذا عمل الصانع [على] ما أراد رب الثوب ثم اختلفا •

فقال رب الثوب عملته بلا اجرة •

وقال الصانع بل عملته باجرة •

فالقول قول رب الثوب عند ابي حنيفة لان المنافع لاتتقوم الا بعقد والصـانع يدعيه ورب الثوب ينكره فلا يصـدق •

٢٨٨٢ـ وقال أبو يوسف :

ان كان حريفا وله عادة ان يعمل باجرة فله الاجرة لان المعتاد كالمنطـوق به في العقد كنقد البلـد •

٢٨٨٣ـ وقال محمد : ان كان الصانع منتدبا لهذه الصنعة وهي حرفتـه فالقول قوله أنه باجرة لان الظاهر معه في ذلك •

فصـــــل

حبس الشيء المصنوع بالأجرة

٢٨٨٤ـ واذا عمل الصانع ما استؤجر عليه فله حبسه حتى يستوفي الاجرة•

ليس للحمال حق حبس البضاعة

٢٨٨٥ـ وليس ذلك للحمال والجمال وهذا ظاهر المذهب •

٢٨٨٦ـ ومنهم من قال : ليس له[١] حبس ذلك لانه لم يرهن العين عنده، فلم يجز له حبسها كالحمال •

---

(١) الضمير يعود الى الصانع المذكور فى الرقم ٢٨٨٤ •

٢٨٨٧ـ ومن قال له الحبس يقول : ان عمله ملكه فجاز له حبسه على عوضه ، كالمبيع في يد البائع •

فصل

عدم ذكر أجرة الخياط

٢٨٨٨ـ واذا دفع اليه الثوب ليخيطه ولم يذكر له الاجرة ففيه أربعة أقاويل •

٢٨٨٩ـ أحدها انه تلزمه الاجرة وهو اختيار المزني ، لانه استهلك عمله فلزمه اجرته •

٢٨٩٠ـ والثاني ان قال له خطه لزمه ، وان بدأ الرجل فقال : اعطني لاخيطه لم يلزمه ، وهو قول ابي اسحق •

٢٨٩١ـ لانه أمره فقد لزمه بالامر والعمل لايلزمه الا بالاجرة فلزمته • وان لم يأمر لم يوجد فلم يجب الاجر •

٢٨٩٢ـ والثالث انه : ان كان الصانع معروفا بأخذ الاجرة صار العرف في حقه كالشرط •

٢٨٩٣ـ والرابع لايلزمه بحال ، وهو الصحيح عندنا •
وهو قول ابي حنيفة ، والمعمول به من مذهب الشافعي ، لانه لم يجر بينهما عقد يقتضي العوض ، والصانع يجوز ان يتطوع بعمل فلا يستحق اجرة •

فصل

ضمان الحمال

٢٨٩٤ـ واذا استأجر رجلا ليحمل له شيئا على ظهره أو دابته الى موضع فزلق ووقع فانكسر المتاع ، فهو ضامن ، وصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته عند أول الحمل ولا اجرة له ، وان شاء ضمنه قيمته وقت الوقوع واعطاه من الاجرة بحساب ذلك •

٢٨٩٥ـ وكذلك الجواب ان تعمد الكسر •

٢٨٩٦ـ وقال زفر اذا تعمد الكسر لا خيار ويضمن في المكان الذى كسره ويعطيه الاجـر •

٢٨٩٧ـ وقيل ان قول ابي حنيفة اذا تعمد الكسر مثل قول زفر •

فصـــــل
استحقاق الأجرة

٢٨٩٨ـ وتستحق الاجرة بثلاثة اشياء :

أما أن يعجل الاجرة فيملك بالتعجيل أو يشترط التعجيل أو يستوفي المنفعة •

٢٨٩٩ـ وقد قالوا : لو استأجر ابلا الى مكة قال أبو حنيفة لايعطى الاجر حتى يرجع ، وفي قوله الآخر يعطي بحساب ذلك كلما سار ، وهو قولهما •

٢٩٠٠ـ وقال ابو يوسف في الامالي ليس له أن يعطيه حتى يذهب ثلث الطريق أو ربعـه •

فصـــــل
الاستئجار بطعام موصوف

٢٩٠١ـ واذا استأجر بطعام موصوف وبين الصفة لايصح حتى يبين موضع التســليم عند ابي حنيفة •

٢٩٠٢ـ وقال أبو يوسف ومحمد :

يسلم اليه عند الدار •

٢٩٠٣ـ ولو كان طعاما معينا سلم عند الطعام في قولهم جميعا •

فصـــــل
استئجار المكاتب ظئراً

٢٩٠٤ ـ واذا استأجر مكاتب ظئرا فعجز بطلت الاجارة ، لانه لايملك العقد

بعد العجز ، ولو كانت مكاتبة اجرت نفسها ظئرا أو أجرت أمتها ثم عجـــزت فالاجارة بحالها في قول ابي يوسـف •

٢٩٠٥- وقال محمد تبطل الاجارة :

٢٩٠٦- ولو كانت أمة مأذونة اجرت نفسها فحجر عليها المولى فالاجـارة صحيحة باقية الى آخر المدة ، لان العقد وقع للمولى في الابتداء •

فصـــل

اختلاف المؤجر والمستأجر في الدابة

٢٩٠٧ - واذا اختلف المؤجر والمستأجر في الدابة :

فقال المستأجر استأجرتها الى بغداد بعشرة •

وقال المؤجر اجرتها الى القصر وهو نصف الطريق بخمسة عشر •

فعند ابي حنيفة في قوله الاول وهو قول زفر والحسن يقضي بالاجـــارة بخمسة عشر الى بغداد •

٢٩٠٨- وفي قول ابي حنيفة الآخر وهو قول ابي يوسف ومحمد يقضـي بالعشرة الى بغـداد •

فصـــل

تجاوز المكان الذي استأجر الدابة إليه

٢٩٠٩- واذا استأجر دابة الى مكان فجاوز ذلك المكان ضار ضامنا •

٢٩١٠- فاذا رجع الى ذلك المكان برىء من الضمان في قول ابي حنيفـة الاول ، وهو قول زفر ، وفي قولهما وهو قوله الآخر لايخرج من الضمان مالم يصل الى صاحبها •

٢٩١١ - وكذلك الخلاف فى العارية ، وفى الوديعة اتفقوا انه يبرأ •

فصـــل

ضمان مستأجر الفسطاط

٢٩١٢- واذا استأجر فسطاطا وسلمه الى غيره فهو ضامن في قول ابـي يوسف •

٢٩١٣ـ وقال محمد لايضمن كمن استأجر دارا واجرها لغيره لايضمن •

فصـــــل
استئجار طريق في دار

٢٩١٤ـ واذا استأجر طريقا في دار رجل ولم يبين موضعه فالاجارة فاسـدة عند ابي حنيفة وتجوز عند أبي يوسف ومحمد ، لانها بمجهول فلا تجوز اجارته•

فصـــــل
استأجره ليضرب لبناً

٢٩١٥ـ واذا استأجره ليضرب له لبنا ، فضرب اللبن وطلب الاجرة ، فانها لاتجب حتى يشرح اللبن عند ابي يوسف ومحمد ، وتجب عند ابي حنيفة اذا أقامه لان الشـــرح زيادة عمل في اللبن على ضربه ، وبالقيام قد ثبت سلامته؟[١] فلا يجب مازاد •

فصـــــل
اختلافهما في رد الشيء المصنوع

٢٩١٦ـ واذا اختلف المستأجر والصانع فقال الخياط رددت الثوب عليك ، وقال رب الثوب لم ترد ، فالقول قول الصانع عند ابي حنيفة ، وقالا القول قول رب الثوب لانه أمين كالمودع وهما جعلاه كالغاصب •

باب
فيما يلزم المكري والمكتري

٢٩١٧ـ ويجب على المكري مايحتاج اليه للتمكن من الانتفاع كمفتـــاح

(١) توقفت نسخة قليج بعد كلمة (قد) عن اتمام العبارة ، أما نسخة المعهد فربما كانت عبارتها على نحو ما اثبتناه فانها مشكلة الخط •

الدار وزمام الجمال ، والبرة[1] التي في أنفه ، والحزام والثقب والسرج واللجام للفرس ، لان التمكن عليه لايحصل الا بذلك •

٢٩١٨ـ وان تلف شيء منه في يد المكتري لم يضمن، كما لايضمن المستأجر •

٢٩١٩ـ وعلى المكرى بدله لان التمكن يستحق عليه •

٢٩٢٠ـ وما يحتاج اليه كمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكتري •

فصل

٢٩٢١ـ واختلف فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر •

فمنهم من قال هو على المكري لانه من آلة التمكن •

ومنهم من قال هو على المكترى لانه بمنزلة تأليف المحمل[1]

فصل

ما على المكتري

٢٩٢٢ـ وعلى المكتري اشالة الحمل وحطه وسوق الظهر[2] وقوده لان العادة انه يتولى ذلك •

٢٩٢٣ـ وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض ، لانه لايمكن ذلك على الظهر •

علف الظهر

٢٩٢٤ـ وعلى المكري علف الظهر وسقيه لانه من مقتضى التمكن •

---

(١) كذا ولم أجد لها ذكرا في مادة برر في لسان العرب ولكن ورد فيه في مادة برز : البزباز قصبة من حديد •

(١) أى مما يحتاج اليه لكمال الانتفاع وهو كما ذكر فى القاعدة السابقة على المكترى •

(٢) الظهر : الابل التى يحمل عليها ويركب ، ويقال : عند فلان ظهر أى ابل ، ويجمع على ظُهران بالضم ••• وفلان على ظهر أى مزمع للسفر غير مطمئن كأنه قد ركب ظهرا لذلك (لسان العرب) •

فصـــل
رد المستأجر

٢٩٢٥ـ واختلف في رد المستأجر بعد انقضاء الاجارة :
فمنهم من قال لايلزمه قبل المطالبة لانه أمانة في يده فلا يلزمه الرد كالوديعة .

٢٩٢٦ـ ومنهم من قال يلزمه لانه غير مأذون في امساكها بعد المدة كالعارية الموقتـــة .

فصـــل
حدود ما يستعمل في المنفعة

٢٩٢٧ـ وللمستأجر ان يستعمل مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، وما دون ذلك من الانتفاع ، فلمن استأجر ان يدع المتاع ولا يسكن لانه دون السكن .

٢٩٢٨ـ واختلف هل له أن يدع فيها ما تتسارع اليه النار ؟
فمنهم من منع ذلك لان النار تثقب الحائط فتخرب الدار .
ومنهم من اجازه لان ذلك متعارف في السكن .

ما ينتفع به من القميص المكترى

٢٩٢٩ـومن اكترى قميصا فليس له النوم فيه ليلا ، وجوز بالنهار ، لان الثوب يخلع ليلا .

فصـــل
ما له أن يفعله في الظهر المستأجر

٢٩٣٠ـ وله أن يضرب الظهر ويكبحه باللجام وبالرجل لئلا يسقط للاستصلاح فان عطب من ذلك فعليه الضمان عند ابي حنيفة لان ذلك يباح بشرط الســـلامة وكضرب الزوجة[1] .

---

(١) قوله كضرب الزوجة أى ان المعيار واحد وهو شرط السلامة الـــــذى اشترطه أبو حنيفة . وقد جاء فى كتاب تأسيس انظر للدبوسى (ص ١٨) :
« الاصل عند ابي يوسف ومحمد (ر) ان ما حصل مفعولا باذن الشرع كان كأنه حصل مفعولا باذن من له الولاية من بنى آدم ، وعند ابى حنيفة يدرج فيهـا بشرط السلامة » .

٢٩٣١ـ وقالا لا ضمـان •

٢٩٣٢ ـواختلف فيه أصحاب الشافعي •

فصـــــل

استأجر ليزرع حنطة

٢٩٣٣ـ واذا استأجر ليزرع حنطة فله أن يزرع مثلها ، وما دونها فـي الضرر ، ولا يزرع مافوقها ، لان الدون قد يرد بعض حقه وما زاد لا يستحقه[1] •

فصـــــل

اكترى لحمل القطن

٢٩٣٤ـ ولو اكترى لحمل القطن لم يحمل عليه الحديد لانه اضر عـلى الظهر من القطن لاجتماعه وثقله •

فصـــــل

٢٩٣٥ ـ ولو اكراه للحديد فله أن يحمل القطن لانه اوطأ ، وقال الشافعي ليس له ذلك لان الريح تدخل فيه فتزيد ثقله •

فصـــــل

الإرداف

٢٩٣٦ ـ واذا أردف خلفه انسانا فعطبت الدابة فعلى الرديف •

لانه تلف بفعل مباح ومحظور ، وأن كانت بحيث لا يعقب احد لزمـــه الضمان جميعه لانه أتلف ذلك •

فصـــــل

زاد في الأوقرة

٢٩٣٧ ـ وان استأجره لحمل عشرة اوقرة فحمل عليه أحـد عشر وقرا

(١) مبدأ الكسب دون سبب •

فمنهم من أوجب عليه ضمان وقر واحد لانه تعدى فيه ، والباقي يستحقه ،ومنهم من قال بالزيادة خرج أن يستحق المنفعة المعقود عليها .

فصـــل

٢٩٣٨- وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة :

اذا شرب نبيذا فسكر فالمحرم هو الشربة الاخيرة لان عندها حصل السكر، وفيها وقع التعـــدي .

٢٩٣٩ - وقال أبو يوسف يعتبر الجميع حراما لانها والذى قبلها وقع السكر (به) ، ولو انفردت لم تؤثر .

وكذلك قوله فى الاجارة اذا زاد على المستحق .

فصـــل
إعارة المستأجر

٢٩٤٠- وله أن يستوفي المنفعة بنفسه ويعيره اذا كان دونه في الاستعمال .

باب

فسخ الإجارة

الفسخ بالعيب

٢٩٤١ـ وتفسخ الاجارة بالعيب الموجود بها الذي يؤثر في الانتفاع ، وفيما يحدث فيها لانها كالبيع وهذا بعقر الدابة وبجرحها وانقطاع الماء والشرب وفساد الدولاب والنهر وخراب الدار والدكان وموت العبد والدابة وجفاف لبن المرضعة وموت الصبي ، واذا افلس المستأجر وقام من السوق ، واذا باع القاضي الـدار في دين عليه ، واذا برىء الضرس الذي يقلعه ، ومسائل كثيرة من هذا الجنس في بعضها خلاف ، وفي البعض وفاق .

فصـــل

غصب العين المستأجرة

٢٩٤٢ـ واذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر فان كان العقد على موصوف في الذمة طالب المؤجر باقامة عين مقامها ، وان كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد لانه تأخر حقه فثبت له حق الفسخ .

٢٩٤٣ـ وان لم يفسخ وكانت الاجارة على عمل لم ينفسخ لانه يمكن استيفاؤه اذا وجده ، وان كانت على مدة فانقضت فعندنا قد انفسخت الاجارة ويرجع بالأجرة ان كان تسلمها وان لم يكن تسلم فلا شيء عليه .

٢٩٤٤ـ وللشافعي قولان :

أحدهما ينفسخ العقد ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب باجرة المثل .

والثاني لا ينفسخ بل يخير المستأجر بين الفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجره المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب باجرة المثل .

فصـــــل

مصير البناء والغرس بعد انقضاء الإجارة

٢٩٤٥ـ واذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض بناء أو غرس ، لزم المستأجر قلع ذلك وتسليم الارض كما اخذها فارغة غير مشغولة •

٢٩٤٦ـ وقال الشافعي :

اذا شرط في العقد القلع عند الفراغ وجب عليه القلع ، وان اطلق العقد فالمؤجر بالخيار ان شاء طالبه بالقطع وضمن له النقصان الذي حصل بالقلع وان شاء اعطاه القيمة وملك الغرس ، وان شاء تركه باجرة المثل •

٢٩٤٧ ـ وهذا لا يصح لانه غير معهود فى البناء والغرس فلا يستحق تبقيته في ملك المؤجر ، كما لو أجره داره وترك فيها متاعه فانه يكلف نقله كذلك هذا مثله ، والشافعي جعل ذلك كالزرع اذا انقضت المدة وهو في الارض ، والفرق بينهما ان الزرع له غاية ينتظر اليها فلا يضر به والغرس بخلافه وورد[1] انالزرع كالثمرة فانا نترك ذلك باجر مثله •

٢٩٤٨ـ وكتاب الاجارة من الكتب الكبار ، وفيه كل عجيب من المسائل ، وفي هذا الذى ذكرت اشارة الى المقصود في الاصول ، والله الموفق •

واذ قد ذكر الاجارة ، وكانت المزارعة نوعا منها وجب ذكرها •

---

(١) كذا فى نسخة قليج أيضا ولعل اصل الكلمة : ورد •

كتاب المزارعة

جواز المزارعة[1]

٢٩٤٩ ـ اعلم ان المزارعة عقد اختلف الفقهاء في جوازه وصحته في اصله •

٢٩٥٠ ـ فقال ابو حنيفة لا تجوز بحال •

٢٩٥١ ـ وقول الشافعي اذا انفردت الأرض عن النخل والشجر •

٢٩٥٢ ـ وبه قال مالك •

٢٩٥٣ ـ وهو قول ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت ورافع بن خديج من الصحابة رضى الله عنهم •

٢٩٥٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد وسفيان الثورى وابن ابى ليلى واحمد هى جائزة [2] •

٢٩٥٥ ـ وهو مذهب علي بن ابي طالب رضى الله عنه وعمار وابن مسعود رضي الله عنهما •

فصل

ما يجوز استئجار الأرض به

٢٩٥٦ ـ ويجوز استئجار الارض بكل ما جاز ان يكون بدلا فى البيع وثمنا له لان البدل لا يختلف فى العقود •

٢٩٥٧ ـ وقال بعض الفقهاء والسلف لا تجوز الا بالدراهم والدنانير ، ولا تجوز بما يخرج منها •

٢٩٥٨ ـ واذا كان الخارج من الارض لا يمنع ان يكون عوضا فى البيع فكذلك الاجارة •

---

(١) فى خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي (ص ٣١٢)• «قال أبو يوسف ومحمد (ر) جائزة اذا كانت معلومة ، وان يكون الخارج شائعا بينهما » •

(٢) وقد أخذ الطحاوي بذلك (ص ١٣٣ من مختصره) •

فصــــل

شرط زراعة نوع بعينه

٢٩٥٩ ـ واذا شرط ان يزرع في الارض نوعا فزرع ما هو أقل ضررا منه جاز .

٢٩٦٠ ـ وقال أهل الظاهر لا يجوز الا ما شرط خاصة .

فصــــل

المزارعة على أربعة أوجه:

٢٩٦١ ـ وتفريع كتاب المزارعة على قول من اجازها فقال ابو يوسف ومحمد : المزارعة على اربعة اوجه : [فثلاثة اوجه منها تجوز المزارعة عليها ، ووجه منها لا تجوز المزارعة عليه][1] .

٢٩٦٢ ـ احدها اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر جازت المزراعة لان رب الارض يستأجر العامل ببعض الخارج ، والبقر غير مستأجر بل هو مع العمل فجازت المزراعة .

٢٩٦٣ ـ والثاني ان تكون الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد فهو جائز ايضا لان العامل مستأجر للارض ، والبقر غير مستأجر ، وانما يستعمله لنفسه وذلك لا يمنع صحة العقد .

٢٩٦٤ ـ والثالث أن تكون الارض والبقر والبذر لواحد والعمل من جهة

---

(١) من مختصر الطحاوى (ص ١٣٣) .

(١) المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ببعض الخارج ، وهو اجارة الارض والعامل ببعض الخارج (التحفة ٣ـ٣٦٠) وتسمى المخابرة بلغة أهل المدينة والمحاقلة ، ويسميها أهل العراق القراح (مجمع النهرين ٢ ـ ٤٨٠) وقد عرف ابن عرفه من المالكية المزارعة بانها شركة الحرث (البهجة فى شرح التحفة ٢/٢٠٣) .

الآخر لانه مستأجر للعامل ببعض ما يخرج من الارض وذلك جائز ، والبقر فليس يستأجره لان الرجل لا يستأجر بقر نفسه وأنما يعمل بها •

٢٩٦٥ ـ والرابع : اذا كان البذر والعمل لواحد والارض والبقر للآخر فهي باطلة ، لان صاحب البذر هو المستأجر ، والبقر فى هذه المسألة مستأجر ببعض الخارج لانه تابع للعمل المعقود عليه وذلك لايجوز •

وقد روى عن ابي يوسف فى الاملاء ان هذا الوجه أيضا جائز لان العامل كالمضارب ، ولو دفع رب المال دابة يحمل عليها المتاع جاز ذلك فكذلك هذا •

فصل

جهالة المدة

٢٩٦٦ـ ولا تجوز عندهما على مدة غير معلومة كما لاتجوز الاجارة الا على مدة معلومة ، وكذلك كان القياس في البدل الآخر ، لكنه ترك للاثر والحاجة •

فصل

الشياع في جميع الخارج

٢٩٦٧ـ ولا تجوز الا أن يذكر اسم العامل على طريق الشياع في جميع الخارج كالعامل في المضاربة •

٢٩٦٨ـ وان شرط له من الريع قدراً معلوما فسدت المزارعة لانه يجوز أن لايخرج غير ذلك القدر ، فلايهما شرط ذلك فهو سواء في الفساد •

فصل

أجر العامل في المزارعة الفاسدة

٢٩٦٩ـ واذا فسدت المزارعة فللعامل أجر مثله ، ويكون الريع لصاحب البذر لانه مما ملكه ، وللآخر اجر عمله لانه به حصلت الفائدة •

فصل

لا شيء للعامل مع عدم الخارج

٢٩٧٠ـ وان لم يخرج في الارض شيء فلا شيء للعامل في المزارعة الصحيحة

لانه شرط له جزءا من الخارج ولم يحصل ، كما لايكون للمضارب منهما اذا لم يربح •

فصل

البذر من رب الأرض

٢٩٧١ـ وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لانه لايزداد على ماشرط •

٢٩٧٢ ـ وقال محمد أجر مثله بالغا مابلغ لأنها عقد كالاجارة ، وقد تقدم شأن ذلك •

فصل

البذر من العامل

٢٩٧٣ـ وان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض أجر مثلها لانالعامل استوفى منفعة الارض فكان عليه بدلها •

فصل

امتناع صاحب البذر

٢٩٧٤ـ قالا : واذا عقدا المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه ، وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل ، لان الذى من قبله البذر لايتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف ماله الذى هو البذر فلا يجبر عليه ، كمن استأجر رجلا لهدم داره ، لانه يلحقه ضرر فلا يلزمهالوفاء •

فصل

انقضاء المدة والزرع لم يدرك

٢٩٧٥ـ واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على الزارع أجر مثل نصيبه من الزرع الى أن يستحصد لانه منتفع بملك غيره من غير اذن ، وذلك لايجوز بغير عوض ، وقلع نصيبه ضرر عليه ويمكن ايفاء الحقين بتبقيته الى وقت الحصاد •

فصـــل

النفقة على الزرع

٢٩٧٦ ـ والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما •

٢٩٧٧ـ واجرة الحصاد والرفاع والدياس عليهما ، وكذلك التذرية لانهذا عمل بعد كمال الزرع فكان عليهما •

٢٩٧٨ ـ وما كان [من] بذر وسقي فعلى المزارع لانه معقود عليه ، وما كان بعد القسمة فعلى كل واحد منهما اجرة عمله •

فصـــل

موت رب الأرض قبل الزرع

٢٩٧٩ـ واذا مات رب الارض قبل أن يزرع الزارع بعدما كرب وحفر الانهار بطلت المزارعة ، ولم يكن على ورثة الارض شيء لاجل الكراب وغيره ، لانه ليس في الفسخ اتلاف مال المزارع فلم تجز تبقية المزارعة حتى يستوفي حقه ، واما العمل فلم يقومه بالعقد ، وانما قومه بالخارج ولم يوجد ذلك[1] •

فصـــل

٢٩٨٠ـ واذا شرط بعض الخارج لعبد احدهما والعبد مأذون له ، والبذور من قبل رب الارض والشرط لعبد رب الارض ولا دين عليه فانه يكون للمولى ، سواء شرط عمل العبد أو لم يشرط ، وان كان على العبد دين فان شرط عليه العمل جاز ، وان لم يشرط عليه العمل فما شرط للعبد يكون للدافع •

٢٩٨١ـ وان كان عبدالمزارع ، ولم يكن على العبد دين فما شرط للعبد

---

(١) هذه النتيجة المنطقية التي وصل اليها المؤلف يكمن وراءها فكرة اعتبارها العمل عرضا فلا يعوض مالم يترك أثرا أو يقيَّم فتكون العبرة بما قيم به ، ولكن هذه النتيجة المنطقية لايخفى ماتجره من هدر لجهود الزارع لان العمل ان يكن من وجهة النظر الفلسفية عرضا لايبقى في زمانين ويفنى كلما وجد فانه من وجهة النظر الاقتصادية منفعة وجهد بذلا فافتقر المزارع بذلك وافاد رب الارض منه ، فكان على الورثة ان يعوضوا العامل عمله أو أن تبقى الاجارة الى نهاية الموسم فيقتسم العامل والتركة الناتج •

يكون للمزارع ، وان كان عليه دين فان شرط عليه العمل جاز وصار كأنه دفع المزارعة الى اثنين وان لم يشرط عليه العمل فان قياس قول ابي حنيفة ماشرط للعبد يكون لرب الارض والبذور •

٢٩٨٢- وفي قول ابي يوسف ومحمد ماشرط للعبد يكون لمولاه لان المولى يملك كسبه وان كان عليه دين ، وهذا اذا كان البذر من قبل الدافع •

فصل

التبن لمن؟

٢٩٨٣- وحكى الطحاوي في المختصر ان التبن لصاحب البذر عند محمد ، وروى عن ابي يوسف انه لايجوز حتى يكون التبن بينهما ، وروى ذلك في الاملاء ، ثم وجدنا محمدا قد رجع الى قول أبى يوسف •

فصل

الحصاد والدياس على من؟

٢٩٨٤- واذا شرط الحصاد والدياس على المزارع فالمزارعة فاسدة •

٢٩٨٥- وروى عن ابي يوسف انه يجوز ، وهو اختيار شيوخ خراسان وما وراء النهر لان العادة أن يفعل ذلك •

فصل

اختلاف الحصة باختلاف ميعاد الزرع

٢٩٨٦- وان دفع أرضا على أنه ان زرع في أول جمادي الاولى فللزارع

النصف ، وان زرع في آخره فله الثلث فالشرط الاول جائز ، والثاني باطل عند ابي حنيفة، على قياس قول من اجاز المزارعة ، وهو مثل اختلاف الاجارة فيكـون عندهما الشرطان جائزين •

باب
اختلافهما القول لمن في حصة المزارع؟

٢٩٨٧- واذا اختلفا فقال الدافع شرطت لك النصف وقال المزارع النصف وزيادة عشرة أقفزة فالقول قول الدافع في قياس قول ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المزارع •

اختلافهما في العشر

٢٩٨٨- وان اختلفا في العشر فكله على رب الارض في قياس قول ابـــي حنيفـــة •

سرقة الزرع قبل حصاده أو بعده

٢٩٨٩- وان سرق الزرع بعدما حصد سقط عن رب الارض نصف العشر وعليه أن يغرم نصف العشر •

٢٩٩٠- وان سرق قبل الحصاد سقط عنه الكل •

٢٩٩١- وقول ابي يوسف ومحمد العشر عليهما على قدر الخارج والشرط، وان سرق سقط العشر ولا فرق فيما قبل الحصاد وبعده •

فصـــــل
الغاصب يزرع الأرض

٢٩٩٢- والغاصب اذا زرع الارض فان لم ينقص فالعشـــر على الزارع أو الخراج عندهم جميعا ، وان نقصت الارض فالعشر والخراج على رب الارض عند ابي حنيفة ، لانه اخذ العوض عنها ، وعندهما على المزارع في جميع الاحوال •

واذ قد ذكرنا مسائل المزارعة وذكرنا بعضا من جملها وجب ذكر المساقاة•

كتاب المساقاة

وهذا كتاب المساقاة[1]

٢٩٩٣ ـ اعلم ان الخلاف في جواز المساقاة كالخلاف في المزارعة ، فأبو حنيفة لا يجيزها بحال •

٢٩٩٤ ـ وأبو يوسف ومحمد يجيزانها على شرائط منها ان تذكر مدة معلومة وجزء معلوم شائع من الثمر •

٢٩٩٥ ـ وهو قول الشافعي ومالك •

٢٩٩٦ ـ وسوى أبو حنيفة بينها وبين المزارعة في البطلان ، وسويا هما في الصحة والجواز •

٢٩٩٧ ـ وفرق الشافعي بين المزارعة وبين المساقاة فاجاز المساقاة وابطل المزارعة ، ولا فرق بينهما فيما ورد من الأثر والحاجة لأن النبي عامل بجزء من الخارج فاشبه المزارعة •

٢٩٩٨ ـ وقال أبو حنيفة ينبغي ان نأخذ بالنهي وقد روى عن النبي عليه السلام أنه نهى عن المخابرة[2] •

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة سقى «المساقاة في النخيل والكروم على الثلث والربع وما اشبهه •

يقال ساقى فلان نخلة أو كرمه اذا دفعه اليه وأستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته من الآبار وغيره ، فما اخرج الله منه فللعامل سهم من كذا وكذا سهما مما تغله ، والباقي لمالك النخل ، وأهل العراق يسمونها المعاملة •

(٢) في لسان العرب في مادة خبر : الخبر والخبر : المزادة العظيمة والجمع خبور ••• والخبراء منتقع الماء ، وخص بعضهم به منتقع الماء فى أصول السدر ، وقيل الخبراء القاع ، ينبت السدر ، والجمع الخبارى والخبارى مثل الصحارى والصحارى ••• وخبراء الخبرة شجرها ، وقبل الخبر منبت السدر فى القيعان ، والخبراء قاع مستدير يجتمع فيه الماء وجمعه خبارى•• الليث : الخبراء شجراء فى بطن روضه يبقى فيها الماء الى القيظ ، ومنها ينبت الخبر وهو شجر السدر والاراك وحواليها عسب كثير وتسمى الخبرة والجمع

٢٩٩٩ ـ قال ابن الاعرابي ذلك مشتق من معاملة أهل خيبر ثم صارت بعد مستعملة حتى يقال للاجارة مخابرة[١] وهما في معنى واحد فاذا ابطل احدهما بطل الآخر .

فصل

٣٠٠٠ ـ واجازها الشافعي على النخيل والكرم في قوله الجديد ، وقال في القديم تجوز على كل الثمار ، وهو قول ابي يوسف ومحمد .

٣٠٠١ ـ ومن الناس من قال لا تجوز الا على النخل .

٣٠٠٢ ـ لأنها شجرة كالنخل .

فصل

٣٠٠٣ ـ واجاز أبو يوسف ومحمد المساقاة على الثمرة القائمة .

٣٠٠٤ ـ وهو قول الشافعي في الأم ، لأنه اذا جاز على المعدوم فعلى الموجود أولى .

٣٠٠٥ ـ وقال الشافعي في (مختصر) البويطي لاتجوز لان المساقاة عقد على غرر ، وانما أجيز على المعدوم للحاجة .

الخبر وخبر الخبرة شجرها ... والخبر ان تزرع على النصف والثلث من هذا وهي المخابرة .. واشتقت من خيبر لانها أول ما اقتطعت (كذا وهذا الاشتقاق محل نظر) والمخابرة المزارعة ببعض مايخرج من الارض وهو الخبر أيضا بالكسر. وفي الحديث : كنا نخابر ولا نرى بأسا حتى اخبر رافع ان رسول الله (ص) نهى عنها ، وفي الحديث انه نهى عن المخابرة ، قيل هي المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرهما ، وقيل هو من الخبار الارض اللينة .. وقال اللحياني هي المزارعة فعمّ بها ، والمخابرة ايضا المؤاكرة والخبير الاكار .. والخبر الزرع والخبير النبات ، والخبير يقع على الوبر والزرع والاكار والخبير الوبر .. والخابور نبت أو شجر .. والخابور نهر أو واد بالجزيرة وقيل موضع بناحية الشام .

(١) في نسخة قليج (للاخارجة) وهو غلط وقع فيه ناسخ نسخة المعهد ولعل صواب العبارة حتى يقال للمزارعة مخابرة .

فصـــــل

٣٠٠٦ ـ واذا دفع نخله مساقاة ولم يذكر المدة حمل على الثمرة التي تخرج في السنة استحسانا عندنا •

٣٠٠٧ ـ وقال الشافعي لا تصح المساقاة •

فصـــــل

مساقاة في أحد القراحين

٣٠٠٨ ـ ولا تجوز على ثمرة نخل غير معلوم بان يقول ساقيتك في أحـــد القراحين[1] أما هذا او هذا ، لأنه (مجهول) عندنا فلا يصح مع الجهالة كالبيـع والاجــــارة •

فصـــــل

لا مساقاة على ما لا حمل له

٣٠٠٩ ـ ولا يصح على شجر لا حمل له ولا يرجى ذلك منه لأنه لا عوض يسلم للعامل من حيث الظاهر •

فصـــــل

حدوث الثمرة بعد المدة

٣٠١٠ ـ ولو ساقى عشرة سنين فانقضت المدة ثم اطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء المدة •

٣٠١١ ـ وان اطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع او بلح تعلق بها حق العامل لانها حدثت فى المدة •

فصـــــل

لا تصح المساقاة إلا على جزء معلوم

٣٠١٢ ـ ولا تجوز (المساقاة) الا على جزء معلوم كالنصف والربع ومـا

---

(١) فى لسان العرب فى مادة قرح : القراح:الماء الذىلايخالطه ثقل منسويق ولا غيره ، وهو الماء الذى يشرب اثر الطعام ٠٠٠ والقراح من الارضين كل قطعـة على حيالها من منابك النخل وغـير ذلك والجمع اقرحـــة كقـــذال واقذلة قال أبو حنيفة : القراح الارض المخلصة لزرع أو لغرس ، وقيل القراح المزرعـة التى ليس عليها بناء ولا فيهـــا شجر ، الازهرى : القراح من الارض البارز الظاهر الذى لا شجر فيه ، وقيل القراح منالارضالتىليس فيها شجر ولم تختلط بشيء•

يجري هذا المجرى من الاجزاء المعلومة ، لحديث ابن عمر انه عامل على شطر الثمرة ، والشطر النصف في ظاهر اللغة .

فصـــل

٣٠١٣ ـ ويجوز عندهما على سائر الشجر والنبات والرطبات وأصول الباذنجان لأن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف التمر ، وهي بلاد لا تخلو من سائر ما ذكرناه ، ولانها [١] جازت للضرورة ، وهذا موجود فيما ذكرنا .

فصـــل

تناهي التمر

٣٠١٤ ـ وان كانت الثمرة تزيد بالعمل جازت المساقاة ، وان كانت قد تناهت لم تجز ، لأنها ان زادت فقد وجد العمل الذى تزيد به فصحت ، وفى الثاني بخلافه .

فصـــل

٣٠١٥ ـ ويكون للعامل أجر مثله لأنها اجارة فاسدة .

فصـــل

بطلانها بالموت

٣٠١٦ ـ وتبطل عندهما بالموت .

فصـــل

الاغترار

٣٠١٧ ـ وتفسخ بالاغترار كما تفسخ الاجارة .

٣٠١٨ ـ وقال الشافعي لا تبطل ، كما لا تبطل الاجارة عنده .

فصـــل

دفع الشريك نخله مساقاة

٣٠١٩ ـ وقالا : لو دفع أحد الشريكين الى شريكه نخلة مساقاة ، لم يجز

٣٠٢٠ ـ وقال الشافعي لا تصح الا على عمل معلوم .

وان عمل لم يستحق الأجرة لأنه عمل في ملك نفسه فلا يجب له اجرة على غيره .

---

(١) في النسختين (اولا) .

فان قال : أن سقيته بالسيح فلك الثلث وأن سقيته بالناضح[1] فلك النصف لم يجز لانه عقد على مجهول .

فصـــل

ما تنعقد به المساقاة من الألفاظ

٣٠٢١ ـ وتنعقد بلفظ المساقاة وبما يؤدى الى معناه ، لان القصد فيه المعنى دون اللفـــظ .

فصـــل

خيار الشرط في المساقاة

٣٠٢٢ ـ ولا يثبت عند الشافعى فيها خيار الشرط ، لانه اذا فسخ لا يمكن رد المعقود عليه .

فصـــل

خيار المجلس

٣٠٢٣ ـ وفى خيار المجلس لاصحابه وجهان .

فصـــل

معيار ما ينبغي على العامل عمله

٣٠٢٤ ـ وعلى العامل أن يعمل بما فيه مستزاد فى الثمرة من التلقيح وضرب الجريد واصلاح الاجاجين [1] وتنقية السواقى والسقر [2] (كذا) وقلع

---

(١) فى لسان العرب فى مادة نضح : النضح سقى الزرع وغيره بالسانية، ونضح زرعه سقاه بالدلو ، والناضح البعير أو الثور أو الحمار الذى يستقى عليه الماء والانثى بالهاء ناضحة وسانية .

(١) فى نسخة قليج : الاجابة ولا معنى لها . وفى لسان العرب فى مادة اجن : الآجن الماء المتغير الطعم ... والاجانة والانجانة والاجانة ، الاخيرة طائية ، عن اللحياني : المركن . وافصحها اجانة واحدة الاجاجين وهو بالفارسية اكانة وفي مادة ركن : المركن بالكسر الاجانة التي تغسل فيها الثياب ونحوها .

(٢) فى نسخة قليج فراغ والظاهر انها الشجر .

الحشيش المضر بالنخل وعلى رب النخل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران ، لان ذلك يراد لحفظ الاصل .

٣٠٢٥ ـ واختلف فى الجذاد واللقاط فمنهم من قال لا يلزم العامل بل يكون عليهما ، كما يكون الحصاد عليهما لان ذلك يحتاج اليه بعد الكمال ، ومنهم من قال يلزم العامل لانه لا تستغنى الثمرة عنه .

فصل

٣٠٢٦ ـ وأن شرط أن يعمل معه غلمان رب الارض لم يصح لان عمل الغلام كعمل المالك .

٣٠٢٧ ـ ومنهم من قال يجوز لانهم ماله فهم كالثور والدولاب .

فصل

متى تملك الثمرة

٣٠٢٨ ـ ويملك العامل الثمرة بالظهور ، كما يملك فى المضاربة .

٣٠٢٩ ـ ومن أصحاب الشافعى من خرج ذلك على القولين فى العامل فى المضاربة .

٣٠٣٠ ـ ومنهم من قال : يملك فى المساقاة قولا واحدا لان الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال .

فصل

العامل أمين

٣٠٣١ ـ والعامل أمين فيما يدعى عليه من هلاك أو خيانة لان رب المال ائتمنه فى ذلك فهو كالمودع .

فصل

ثبوت خيانة العامل

٣٠٣٢ ـ واذا ثبتت خيانة ضم اليه من يحفظه ، ولاتزال يده لان العمل مستحق عليه .

فصـــــل

٣٠٣٣ ـ وأن هرب رجع الامر الى الحاكم ليستأجر عنه من يعمل عنـــه بـــــدله [١] .

فصـــــل

٣٠٣٤ـ واذا عمل العامل ، وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل ، رجع العامل على من ساقاه بالاجرة لان الغرض[٢] لم يسلم له ، وقد غره فلزمه الضمان[٣] .

فصـــــل
اختلافهما في العوض

٣٠٣٥ـ واذا اختلفا في العوض المشروط فقال العامل : شرطت النصــف ، وقال رب العمل شرطت الثلث ، فقياس قول ابي حنيفة ان يكون القول قــول رب النخل .

٣٠٣٦ـ وقياس قولهما أن يكون القول قول العامل كما قالا في المزارعة .

٣٠٣٧ـ وعند الشافعي يتحالفان قياسا على البيع .

٣٠٣٨ـ وعندنا القياس في البيع ان لا تحالف وانما تركناه للاثر .

٣٠٣٩ـ واذ قد ذكرنا عقود المعاوضة من الطرفين وجب ذكر ماليس لـه عوض من أحدهما وهذا يكون في الهبـة .

---

(١) هذا التطبيق جزئية من قاعدة عامة فى تنفيذ الالتزام جبرا عـلى المدين عندما يكون في الامكان تنفيذه، باستئجار غيره عليه ليعمل بدله على أن يكون ذلك بقـرار من الحاكم .

(٢) اى الغرض المقصود فى العقد .

(٣) مسؤولية العاقد عن فوات الغرض من العقد اذا فات هذا الغرض بتغرير من الطرف الآخر ، حيث تتحقق المسؤولية العقدية بحيث يمكن القول كقـــاعدة عامة ان العاقد يلتزم بضمان العقـد كلما فات الغرض المقصود بتغريره الطرف الآخر و تقصيره في تنفيذ ماعليه .

ما ليس له عوض من أحدهما من العقود

جواز الهبة

كتاب الهبة

٣٠٤٠ ـ أعلم ان الهبة [1] فى الجملة عقد جائز فى الشرع •

تعريف

٣٠٤١ـ وهى عقد فى سائر الازمان جائز ، وان اختلف فى شروطها ومواضع صحتها وهي عقد على مال من أحد الطربين وثواب من الجانب الآخر [2] •

الندب إلى الهبة

٣٠٤٢ـ وهي مندوب اليهـا •

وقد روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

ـ تهادوا وتحابوا •

وهي للاقارب أفضل كما روى عبدالله عن عمر قال :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

ـ الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا اهل الارض يرحمكم اهل السماء ،

---

(١) في لسان العرب : الهبة العطية الخالية عن الاعواض والاغـراض ، فاذا كثرت سمي صاحبها وهابا ، وهو من ابنية المبالغة ، غيره الوهاب من صفات الله المنعم على العبـاد والله تعـالى الوهاب الواهب ، وكل ماوهب لك من ولـد وغيره فهو موهوب والوهوب الرجل الكثير الهبات ، ابن سيده : وهب لك الشىء يهبه وهبا ووهبا بالتحريك وهبة • والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ، ولا يقال وهبكه ، هذا قول سيبويه •• والاستيهاب سؤال الهبة ، واتهب قبـل الهبة ، واتهبت منك درهما افتعلت من الهبة ، والاتهاب قبول الهبة واصله اوتهب فقلبت الواو تاء وادغمت في تاء الافتعال مثل اتزن واتعد من الوزن والوعد •

(٢) الظاهر ان هذه الحملة مقتضبة اقتضابا مخلا وان المقصود بها ان الهبـة « عقد على مال من أحد الطرفين دون عوض من الطرف الآخر ، وقد تكون عـلى مال أحد الطرفين وثواب من الجانب الآخر » •

الرَحِم شِجنَة فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعه الله[1] •

٣٠٤٣ـ واجمعت الامة على جواز الهبـة •

فصــــل

الإيجاب والقبول

٣٠٤٤ ـ وتفتقر الى ايجاب وقبول ، ولا تصح بغير ذلك •

٣٠٤٥ـ وقد قال الاصم وصاحبه تصح بغير قبول ، وهو قول الحسـن والشعبي ، كما تصح البراءة والعتق بغير قبول لانه اسقاط حـق فلا تفتقر الى قبـول كالعتـق •

٣٠٤٦ـ وهذا لايصح لانه عقد تمليك فافتقر الى ايجاب وقبول كالبيـع والنكـاح •

فصــــل

القبض في الهبة

٣٠٤٧ ـ ولا تلزم من غير قبض « وبه قال الشـافعي ، ومالك قال تلزم من غير قبض » [2] كما يلزم البيع ولانها عقد تبرع فافتقر الى معنى آخر ينضـم اليه كالوصيـة •

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة شجن تعليقا على هذا الحديث النبـوي : « وفي الحديث الرحم شجنة من الله معلقة بالعـرش » تقول : اللهـم صل من وصلني واقطع من قطعني ، اى الرحم مشتقة من الرحمن تعالى ، قال أبو عبيـدة يعني قرابة من الله مشتبكة كاشتباك العروق ، شبهه بذلك مجازا ، واصـل الشجنة بالكسر والضم شعبه من غصن من غصون الشجرة والشَجْنة لغة فيه عن أبي الاعـرابي •

(٢) في مسئلة القبض في الهبة تفصيل ذكره ابن رشد في بداية المجتهـد (٢/٢٧٣) حيث جاء فيه « ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقـد أم لا ؟

فاتفق الثوري والشافعي وابو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض ، وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب •

فصـــــل
القبض في المجلس

٣٠٤٨ـ واذا وهب عينا فقبضها في المجلس بغير اذن ملكها ، وفي روايـة انه لايملكها حتى يأذن له في القبض .

٣٠٤٩ـ ومن أصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان ، القياس انلايملك وبه قال الشافعي لانالقبض في الهبة يقف عليه تمام العقد فهو كالقبولوالاستحسان أن المقصود بالهبة التمليك والعقد اذن فما يتم به الملك كالايجاب اذن فى القبول.

القبض بعد المجلس

٣٠٥٠ـ ولا يجوز أن يقبض بعد المجلس الا باذن في قولهم جميعا ، لان ذلك يجرى مجرى القبول ولا يصح القبول بعد التفرق ، كذلك هذا .

٣٠٥١ـ وان اذن له في القبض فقبض بعد التفرق ففيه قياس واستحسان ، القياس ان لايصح لان الاذن لايثبت حكمه بعد التفرق كما لايثبت حكم القبول، والاستحسان أن يجوز كما لو اذن له في قبض البيع جاز بعد التفرق كذلك هذا، وفيه خبر مروى .

فصـــــل
ما تجوز هبته

٣٠٥٢ـ وكل عين تجوز هبتها يجوز بيعها وليس كل ماجاز بيعه تجـــوز

وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبـــة ، وله اذا بـــاع تفصيل : ان علم فتونى لم يكن له الا الثمن وان قدم فى الفور كان له الموهوب.

فمالك القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعى وابى حنيفة من شروط الصحة ، وقال احمد وابو ثور تصح الهبـة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر » .

هبته لان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتجوز عند أبي حنيفة ، وتجوز عند الشافعي ، والدين في الذمة تجوز هبته ولا يجوز بيعه من غير من هو عليه .

فصـــــل
هبة ما لم يره

٣٠٥٣ــ وهبة مالم يره جائزة اذا سلم الموهوب اليه ، لانه يجوز في البيع عندنا .

٣٠٥٤ــ وقال الشافعي مالا يجوز هبته من المجهول لايصح [بيعه]وكذلك كل مالا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالبيع قبل القبض لانه يقصدا به الملك كالبيع[1] .

فصـــــل
التعليق على شرط مستقبل

٣٠٥٥ ــ ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كالبيع .

فصـــــل
وجوب القبول في المجلس

٣٠٥٦ ــ والقبول في الهبة على المجلس [2] .

٣٠٥٧ــ ومن أصحاب الشافعي من قال ، هو على الفور ، قالوا وهو الصحيح .

٣٠٥٨ ــ وقال أبو العباس يصح على التراخي .

---

(١) لم يوفق السمناني فى الاقتصار عى رواية المذهب الشافعى والحنفى وبيان اختلافهما . فى ما يجوز هبته ، وكان يجدر به بيان حكم ذلك فى المذهب المالكى حيث جاء فى بداية المجتهد (٢/٢٧٣) قوله « ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه فى الشرع من جهة الغرر » .

(٢) فى نسخة منيخ : بالمجلس .

فصـــــل
ألفاظ الهبة

٣٠٥٩ـ وتصح بلفظ الهبة بان تقول وهبت لك او اعطيتك او ملكتك أو نحلتك او منحتك او ابحتك او اعمرتك فكل ذلك جائز ٠

فصـــــل
العمري[١]

٣٠٦٠ ـ وقال الشافعي ان قال : اعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لـك عمرك ولعقبك من بعدك فهذه عطية صحيحة تتم بالايجاب والقبول وتملـك بالقبض كما نقول نحن في ذلك ، لان عليه السلام قال :
ايما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى اعطاهـا ، ولانه اعطى عطاء وقع في المواريث [٢] ٠

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة عمر :
« العمري ماتجعله للرجل طول عمرك أو عمره ٠ وقال ثعلب : العمري ان يدفع الرجل الى أخيه دارا ويقول : هذه لك عمرك أو عمري ، اينا مات دفعت الدار الى اهله ، وكذلك كان فعلهم في الجاهلية ، وقد عمرته اياه واعمرته جعلته له عمره أو عمري ، والعمري المصدر من كل ذلك كالرجعي ٠
وفي الحديث «لاتعمروا ولا ترقبوا ، فمن اعمر دارا أو ارقبها فهي لهولورثته من بعده» وهي العمـــري والرقبـــي ، يقال : أعمـرته الدار عمرى أى جعلتها له يسكنها مدة عمره ، فاذا مات عادت الى ، وكذلك كانوا يفعلون فـــي الجاهلية ، فابطل ذلك ، واعلمهم أن من أعمر شيئا أو أرقبه في حياته فهو لورثته من بعده٠
قال ابن الاثير : وقد تعاضدت الروايات على ذلك ، والفقهاء فيها مختلفون، فمنهم من يعمل بظاهر الحديث ويجعلها تمليكا ، ومنهم من يجعلها كالعـــادية ويتأول الحـــديث ٠
قال الازهري : والرقبي أن يقول للذي أرقبها : ان مت قبلي رجعت الى ، وان مت قبلك فهي لك ، واصل العمري مأخوذ من العمر ، واصل الرقبي مـــن المراقبة ، فابطل النبي (ص) هذه الشروط ، وامضى الهبة ٠
قال : وهذا الحديث أصل لكل من وهب هبة فشرط فيها شرطا بعدمـــا قبضها الموهوب له أن الهبة جائزة والشرط باطل ٠
(٢) صححنا عبارة الحديث كما وردت في نسخ الروضة بالرجـــوع الى ما جاء في بداية المجتهد (٢ــ٢٧٢) ٠

٣٠٦١ ـ وان قال :

اعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم يشترط شيئا ففيه قولان :

القديم هو باطل •

والجديد هو جائز صحيح ، وهو قولنا يكون للمعمر في حيازته ولورثتـــه بعده وهو الصحيح لخبر جابر لان الاملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك[١] •

٣٠٦٢ـ فان قـــال :

اعمرتك حياتك فان مت عادت الى ان كنت حيا والى ورثتي ان كنت ميتـ فعـلى قولين :

أحدهما يصح ويبطل الشرط وهو قولنا •

والثاني يبطل لانه قد نفى مقتضى العقـد •

فصـــــل

الرقبي[١]

٣٠٦٣ـ وأما اذا قـــال :

أرقبتك هذه الدار ، أو : داري لك رقبي ، وهي ان يقول ان مت قبـــلى عادت الى ، وان مت قبلك فهي لك •

قال ابو حنيفة ومحمد ذلك باطل ، ولا يملك •

٣٠٦٤ـ وقال ابو يوسف جائز •

---

(١) أي ان الاصل في الملك المستقر الديمومة •

(١) جاء في لسان العرب في مادة رقب :

« الرقبي ان يعطى الانسان لانسان دارا أو أرضا ، فايهما مات رجع ذلك المال الى ورثته ، وهي من المراقبة ، سميت بذلك لان كل واحد منهما يراقب موت صـــاحبه •

وقيل الرقبي ان تجعل المنزل لفلان يسكنه فان مات سكنه فلان ، فكـــل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وقد أرقبه الرقبي •

وقال اللحياني : ارقبه الدار جعلها له رقبى ولعقبه من بعده بمنزلة الوقف• ويقال ارقبت فلانا وانا مرقب • ويقال ورث فلان مالا عن رقبة اي عن كـــلالة لم يرثه عن آبائه • وورث مجدا عن رقبة اذا لم يكن آباؤه امجادا ••

٣٠٦٥- وهو قول مالك .
واحد قولي الشـــافعي .

فصـــــل

العطية لبعض الولد

٣٠٦٦- ويكره أن يخص بعض ولده بالعطية فان فعل جاز .

٣٠٦٧- وقال بعض الفقهاء لايجوز .

٣٠٦٨- وقد روى خبر النعمان بن بشير مختلفا فروى فيه انه قال : اكل ولدك فعلت به هكذا ؟ فقال لا ، فقال : اشهد غيرى ، وهذا يدل على الجـــواز وروى أنه قال : لا أشهد على جور [١] .

فصـــــل

التسوية بين الأولاد في الهبة

٣٠٦٩- وقال ابو يوسف : تستحب له التسوية بينهم .

٣٠٧٠- وقال محمد يجريهم مجرى المواريث .

باب الرجوع في الهبة

فصـــــل

٣٠٧١- ومن وهب لذى محرم منه فليس له أن يرجع فيما وهب .

٣٠٧٢ - وقال الشافعي يرجع الاب والجد والام والجدة ولا يرجع سـائر الاقارب المحرم مناكحتهم لاجل النسب كالاخ والاخت .

فصـــــل

رجوع الأجنبي فيما وهب

٣٠٧٣ - ويرجع الاجنبي فيما وهب [٢] .

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٢-٢٧٢) ان حديث النعمان بن بشير « متفـــق على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه . والحديث انه قال ان اباه بشيرا اتى به الى رسول الله (ص) فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله (ص) اكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ قال لا ، قال رسول لله (ص) فارتجعه . واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ ... »

٣٠٧٤ـ وقال الشافعي لايرجع الاجنبى بحال ، لانه عقد تبرع فجاز الرجوع فيه كالعارية ٠

فصل

لا رجوع لأحد الزوجين فيما وهب

٣٠٧٥ـ ولا يرجع احد الزوجين فيما وهب ٠

٣٠٧٦ـ خلاف مالك في الزوجة انها ترجع دون الزوج ٠

٣٠٧٧ـ لانها احد الزوجين فلا ترجع فيما وهبت كالزوج ٠

فصل

الرجوع في هبته لأخيه

٣٠٧٨ـ واذا وهب لاخيه وهو عبد فله ان يرجع فيها في قولهم جميعا ٠

٣٠٧٩ ـ وأن وهب لعبد أخيه هبة فله الرجوع عند أبى حنيفة ٠

٣٠٨٠ـ وعند ابي يوسف ومحمد لايرجع لان الملك يحصل للاخ ٠

فصل

هبة المشاع

٣٠٨١ـ واذا وهب لرجلين دارا أو ألف درهم او كلما يحتمل القسمة لم يجز عند ابي حنيفة لانه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة ٠

---

(٢) ذكر السمنانى قاعدة عدم جواز الرجوع (الاعتصار) فى الهبة ههنا وذكر قبل ذلك فى الرقم (٣٠٧١) حكم الاستثناء من هذه القاعدة وادق من هذه الصياغة قول ابن رشد فى بداية المجتهد (٢/٢٧٦) « وقال أبو حنيفة لكل احد ان يقتصر ما وهبه الا ما وهب لذى رحم محرمة عليه » ٠

٣٠٨٢ ـ وعند ابي يوسف ومحمد يجوز وهو قول الشافعي[١] •
٣٠٨٣ـ واتفقوا انه لو وهب نصف عبد او مالا يقسم انه يجوز •

٣٠٨٤ـ ولو تصدق بعشرة دراهم على غنيين فهو مثل الهبة عند ابي حنيفة• وان كانا فقيرين جاز •

٣٠٨٥ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في الوجهين ، لان الملك يخرج جملة واحدة من مال الواهب •

فصل

٣٠٨٦ ـ ولو وهب لاحدهما الثلث وللآخر الثلثين لم يجز عند أبي حنيفة وابي يوسف •

٣٠٨٧ـ وجاز عند محمد •

٣٠٨٨ ـ فرق أبو يوسف بين هذه المسئلة والتي قبلها ، لان هذا غير مطلق العقد ، لان مطلق العقد يقتضي التساوى •

٣٠٨٩ـ ومحمد يقول هذا تفسير لما تناوله العقد فهو كما لو قال : لك النصف وله النصف •

فصل

هبة الدين والاذن بقبضه

٣٠٩٠ـ واذا وهب دينا على رجل واذن له في قبضه جاز استحسانا • والقياس ان لايجوز •

٣٠٩١ـ لانه حق مادام في الذمة فلا تجوز هبته كالمنافع •

ووجه المذهب ان قبضه يقوم « مقام » [٢] قبض الواهب فيصير كأنه قبض ووهب •

(١) وهو ايضا قول مالك واحمد وابى ثور (بداية المجتهد ٢/٢٧٣) •
(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ •

فصـــــل
هبة دقيق في حنطة إلخ

٣٠٩٢ ـ وان وهب دقيقا في حنطة أو دهنا فـي سمسم لم تجز الهبة ، وان طحن أو استخرج الدهن لان الفساد في نفس المعقود عليه ، ولهـــذا لا يجوز العقد عليه في غير الهبـة •

فصـــــل
العين في يد الموهوب له

٣٠٩٣ـ واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها ولا يحتاج الى تجـديد قبض استحسانا ، والقياس ان لايجوز حتى يخلي بين نفسه وبين الهبة •

٣٠٩٤ـ لان القبض السابق يستدام حكمه ، وهو موجود عقب العقد ، وهذا في الوديعة وكل ماهو امانة ، وان كان مضمونا كالغصب صار قابضا بنفس العقد •

٣٠٩٥ ـ وقد قالوا في الوديعة اذا باعها من المودع ان يحتاج الى أن يمضي زمان يصير به قابضا بأن يخلى بين نفسه وبينها ، لان يد المودع يد لمودعه •

٣٠٩٦ـ وقالوا في العين المغصوبة تدخل في ضمانه بنفس العقد لانه قبض مضمون فهو كالمقبوض لاجل البيع •

فصـــــل
الرجوع في هبة تصدق بها الموهوب له

٣٠٩٧ـ واذا وهب الرجل ثوبا او عبدا فجعله الموهوب له صدقة جـــاز للواهب الرجوع عند ابي حنيفة ومحمد •

٣٠٩٨ـ وقال ابو يوسف لايجوز له الرجوع لانه زال ملكه بذلك واستحق عينه ، وعند ابي حنيفة له ان يبدله بغيره فلم يلزم الحق فيه •

فصـــــل
ما يفتقر إليه الرجوع في الهبة

٣٠٩٩ـ والرجوع في الهبة يفتقر الى قضاء او رضاء ، ولا يملك الرجوع بمجـرد قوله •

٣١٠٠ـ خلاف ماقاله الشافعي انه يملك ، لان هذا مختلف فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسوخ المختلف فيها[١] .

فصل
تكييف الرجوع في الهبة

٣١٠١ـ وهل ذلك تمليك مبتدأ او فسخ العقد ؟
فيه روايتان .

٣١٠٢ـ وفائدة ذلك اذا رجع في الهبة والموهوب له مريض ، فان كان بقضاء جاز وان كان برضاء فهو بمنزلة هبة مبتدأه تعتبر من ثلثه ، وتبطل ان كان عليه دين .

٣١٠٣ـ وفي الرواية الاخرى ، وسواء بين القضاء والرضا .

فصل
هل يجمع بين الهبة والصدقة في مال بعينه؟

٣١٠٤ـ رجل اعطى رجلا دارا على أن نصفها هبة ونصفها صدقة فهو جائز عند ابي حنيفة .

٣١٠٥ـ وقال زفر لايجوز لان الهبة والصدقة سواء في القبض .

فصل
تعلم العبد الموهوب زيادة تمنع الرجوع

٣١٠٦ـ واختلف في العبد اذا تعلم الخبز والكتابة او القرآن هل يمنع الرجوع في الهبة أم لا ؟
قال أبو يوسف يمنع الرجوع .

٣١٠٧ـ وقال زفر لايمنع ، ذكره في اختلاف زفر ، لان التعليم زيادة فيه فهو كما لو زاد في عينه .

---

(١) يفهم من هذا ان القاعدة ان ماكان مختلفا فيه من الاحكام والمسائل يرجع في التمسك بها واعمالها الى حكم الحاكم ان لم يقع الطرفين تراض .

فصـــــل

اختلافهما في الزيادة

٣١٠٨- واذا اختلفا فقال الواهب وهبت العبد لك كبيرا .

وقال الموهوب له : وهبتني صغيرا فكبر ومهزولا فسمن فلا رجوع لك على فيه فالقول قول الواهب في قول ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد .

٣١٠٩- وقال زفر : القول قول الموهوب له .

٣١١٠- واتفقوا انهما لو اختلفا في الصبغ فقال الواهب وهبته مصبوغا ، وقال الموهوب له انا صبغته ان القول قول الموهوب له لان الصبغ زيادة غير حاضرة.

فصـــــل

قبض الأب ووصية للصغير إلخ

٣١١١- ويقبض الاب لابنه الصغير من نفسه ومن غيره ، وكذلك وصي الاب بعده والجد ووصيه ، وسائر من له ولاية على الصبي .

٣١١٢- ويجوز قبض الام له اذا كان في حجرها .

٣١١٣- ولا يجوز قبض من ليس في حجره وان كان ذا رحم له محرما.

قبض الصغير لنفسه

٣١١٤- وان قبض الصبي لنفسه وهو يعقل جاز قبضه .

٣١١٥- وان قبض في حال حياة الاب جاز استحسانا والقياس أن لايجوز لان عليه ولاية لغيره .

فصـــــل

موانع الرجوع

٣١١٦- ويمنع الرجوع : الزيادة المتصلة ، والعوض وموت احد المتعاقدين وخروج الشيء من ملك الموهوب له ، وما يجرى هذا المجرى .

فصل

هبة اثنين لواحد وواحد لاثنين

٣١١٧ـ واذا وهب اثنان دارا لواحد جاز عند اصحابنا جميعا •

٣١١٨ـ وان وهب الواحد لاثنين لم يجز عند ابي حنيفة ، وجاز عندهما •

فصل

شرط العوض في الهبة

٣١١٩ـ واذا شرط العوض لم تبطل الهبة •

٣١٢٠ـ وفي احد قولي الشافعي تبطل •

٣١٢١ـ لان كل عوض جاز من غير شرط جاز مع الشرط كالنكاح •

فصل

حمل أحكام الهبة بشرط العوض

٣١٢٢ـ والهبة بشرط العوض عقدها عقد هبة وجوازها جواز البيع •

٣١٢٣ـ وقال زفر تصير عقد بيع فيلزم العقد ، ومتى استحق العوض رجع فيما وهب ، وان استحق بعضه لم يرجع لان الباقي يجوز ان يكون عوضا ابتداء الا ان يرد مابقى لانه لم يسلم له العوض •

وكذلك ان وجد به عيبا •

فصل

اختلافهما في كونها بعوض

٣١٢٤ـ واختلفوا فيه اذا قال الواهب وهبتك بعوض وقال الموهوب له وهبتني بغير عوض •

فمنهم من قال القول قول الواهب ، وهو المذهب عندنا لانه لم يقر بخروج العين من ملكه الى الموهوب له •

٣١٢٥ـ ومنهم من قال القول قول الموهوب له لان الواهب اقر بالهبة وادعى العوض والاصل عـدمه •

فصـــــل

الأبراء من الدين

٣١٢٦ـ ويصح ابراءه من الدين وان لم يقبل الذى عليه •

ومن أصحابنا من قال لايفتقر الى قبول ويبطل بالرد ، وهـذا قول ابـي حنيفـة وصاحبيه •

ومنهم من قال يبطل بالرد ويفتقر الى قبول كالبيع والنكاح ، وهو قـــول زفر ، والاول اصح لانه اسقاط حق كالعتاق والطلاق[1] •

٣١٢٧ـ ويصح في المجهـــول •

٣١٢٨ـ وقال الشافعي لايصح في المجهول •

٣١٢٩ـ لانه اسقاط حق فصح فى المجهول كالطلاق والعتاق[2] •

فصـــــل

الصدقة بجميع ماله

٣١٣٠ـ واذا قال الرجل جميع مالي صدقة ، فانه يتصدق بجميع ماله الذى يجب فيه الزكاة استحسانا ، لان النذور محمولة على اصول الواجبات في اصـل الشرع ، والزكاة تجب فى بعض المال دون بعض فكذلك هنا •

٣١٣١ـ والقياس ان يتصدق بجميع ماله ، وهو قول زفر لان الجميـــع ماله ، وقد دخل تحت لفظ الصدقة •

فصـــــل

قوله ما أملك صدقة

٣١٣٢ـ ولو انه قال : ما املك صدقة ، تصدق بجميع ماله ، واتفق قولنا وقـول زفـر •

---

(١) ينبغي أن يكون حكم الابراء في القانون المدني العراقى كذلك اي ان يصح الابراء في المجهول نظرا لمطلق نص المادة ٤٢٠ منه ولان الابراء اسقاط •

(١) بالرأي الاول أخذ القانون المدني العراقي (م ٤٢٢ منه) •

٣١٣٣ـ وذكر ابو الليث في خلافة[1] لاصحابنا عن ابي يوسف انه قال • ان قال : ما املك تصدق بالكل كما قال زفر ، وان قال مالى صدقة تصدق بمال التجارة والسوائم •

٣١٣٤ـ وفي قول مالك يتصدق بثلث ماله •

٣١٣٥ـ وعن الشافعي يلزمه كفارة يمين ، ولا يتصدق بشيء •

فصل

لا عوض في الهبة لمن هو دونه

٣١٣٦ـ وقال اصحاب الشافعي : اذا وهب لمن هو دونه لم يلزمه أن يثيبه بعوض لان القصد الصله ، فلم تجب المكافاة •

٣١٣٧ ـ وكذلك أن وهب النظير لم يَجب العوض لان المقصود المحبة وتاكيد الصداقة •

٣١٣٨ـ وان وهب لمن هو اعلى منه ففيه قولان :

قال في القديم يلزمه أن يثيبه بعوض لان مقصود العقد التماس العوض فصار العرف كالمشروط •

وقال في الجديد لايجب لانه تمليك بغير عوض فاشبه النظير وهذا قولنا ، وهو الصحيح •

٣١٣٩ـ وكتاب الهبة من الكتب الكبار لاصحابنا وفيه مسائل مشكلة وفروع مختلفة ومسائل من الدور ، وذكر مافيه فلا يمكن ، وفي الذى ذكرت اصول وبعض الفروع ، والواقع من المسائل •

واذ قد ذكرنا هبة الاعيان وكانت العارية هبة المنافع وجب ذكرها •

---

(١) المقصود بذلك كتاب مختلف الرواية لابي الليث السمرقندي •

كتاب العارية

وهذا كتاب العـارية •

العارية قربة

٣١٤٠ ـ العارية قربة مندوب اليها •

تعريف

٣١٤١ ـ وهى عقد على المنافع بغير بدل يحصل للمالك الا الشكر والثواب•

أساسها في السنة

٣١٤٢ ـ وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم من صفوان بن أميه ادرعـا
وقال عليه السلام : العارية مردودة •
وقال له صفوان :
اغصب يا محمد !
فقال : بل عارية مؤداة •
وروى مضمونة ومؤداة •

أساسها من الإجماع

٣١٤٣ ـ وهو اجماع من العلماء لا يختلفون فى جوازها •

هل للمستعير أن يعير

٣١٤٤ ـ واذا اطلق العارية فللمستعير أن يعيرها لغيره ، لان اطلاقه يقتضي الرضا بالاستعمال •

٣١٤٥ ـ وأن عين المستعمل وخصه فله أن يعير لمن لا يختلف الاستعمال •

٣١٤٦ ـ ولاصحاب الشافعى فى ذلك وجهان فى الجواز .
احدهما مثل قولنا .
والثانى لا يجوز ، لانه مستعير فلا يعيرها كما لو عين ولم يطلق .
٣١٤٧ ـ وقال أصحابنا قد ملكه المنافع فجاز أن يستوفيها بغيره كالرضا له بالمنفعة .

العارية لا تؤجر

٣١٤٨ ـ ولا يجوز له أن يؤجرها لان الاجارة عقد لازم فلا تصح فى العارية لانها لا تلزم ، ويصح للمعير الرجوع عنها فتبطل الاجارة .

الاستيفاء بنفسه

٣١٤٩ ـ وقد يجوز أن يستوفى بنفسه ، ولا يؤجرها لغيره ، كما أن الطعام اذا قدم لرجل جاز له الاكل ولا يجوز له البيع .

تمليك أم إباحة

٣١٥٠ واختلف أصحابنا هل هى تمليك للمنافع أو اباحة للتصرف ؟
فحكى عن الكرخى رحمة الله انها أباحة وعن الرازى انها تمليك .
٣١٥١ ـ ولو ملكت جاز أخذ العوض عنها « كهبة العين »[1] .

ما يعار

٣١٥٢ ـ وكل عين لها منفعة تبقى العين بعد الاستيفاء فعاريتها جائزة ، كالحيوانات والرقيق والدواب والعقار والدور والضياع وآلات الصناع ومتاع البيت [2] .

---

(١) صححنا العبارة على هذا النحو بالرجوع لنسختي قليج ومنيخ .
(٢) صاغ ابن رشد فى بداية المجتهد لذلك ضابطا محددا فقال بجواز اعارة « جميع ما يعرف بعينه ، اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال » واضاف الى ذلك قوله « ولذلك لا يجوز . اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا ان تكون ذات محرم » اى ان العارية لا تجوز اذا كان القصد منها غير مشروع .

٣١٥٣ ـ وما لا منفعة له من الاعيان فلا تجوز عاريته لانه لا منفعة فيـــه ، والعارية انما هى اباحة المنافع .

ما يعد قرضاً لا عارية

٣١٥٤ ـ وأن استعار دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا واطلق العـارية فان ذلك قرض ، لان المنفعة لا تمكن بغير ذلك ولا يمكن الا بالاتفاق ، وقد ذكر لفظ يقتضي الرجوع فصار كأنه صرح بلفظ القرض .

التقيد بقول المعير

٣١٥٥ ـ وأن قال : تعير بها المكيال أو الميزان أو تتجمل بهـــا أو تزين الدكان فليس له انفاقها ولا التصرف فيها الا بما قال لانه حجر عليه ومنعه مــن التصــــرف .

العارية أمانة

٣١٥٦ ـ وهى عندنا أمانة غير مضمونة .

شرط الضمان

٣١٥٧ ـ وأن شرط الضمان : فمن أصحابنا من قال تصير مضمونة . وحكاه الشافعى عن محمد بن الحسن .

٣١٥٨ ـ وقال غيره ليست بمضمونة ، وأن شرط الضمان .

٣١٥٩ ـ وقال الشافعى : هى مضمونة فى جميع الاحوال .

٣١٦٠ ـ لانه قبضها بلا اذن مالكها لا على وجه الوثيقة والبدل كالوديعة .

٣١٦١ ـ وقد قالوا : لو تلفت بالاستعمال الا جزءا لم يضمن .

كيفية الضمان

واختلف أصحاب الشافعى فى كيفية الضمان فمنهم من قال : يضمن عنـــد الهلاك ، وهو الصحيح .

ومنهم من قال اعلا ما كانت قيمتها كالمغصوب هذا اذا كانت من ذوات القيم. فان كانت من ذوات الامثال ـ وقالوا فيما لا مثل له انه يضمن باكثر ماكانت قيمته ـ لزمه مثلها •

وان قالوا انه يضمن قيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها •

فصـــــل

ولد المستعار

٣١٦٢ـ واختلف في ولد المستعار :

فمنهم من قال هو مضمون لان الاصل مضمون كالغصب •

ومنهم من قال لا يضمن لانه لم يدخل في الاعارة •

٣١٦٣ـ وعندنا لايضمن لانه حدث بغير فعله وتلف بغير فعله من غير مطالبة من له الحق كولد الوديعة •

فصـــــل

ضمان العارية بالتعدي

٣١٦٤ـ واتفق الفريقان ان العارية تضمن بالتعدى فيها كما تضمن الوديعة •

٣١٦٥ـ وتضمن بالجحود ، لان ذلك تضمن به سائر الامانات ، فكـذلك العـارية •

فصـــــل

ضمان مستعير المغصوب

٣١٦٦ـ ومن غصب عينا فأعارها والمستعير لايعلم فتلفت في يده فضـــمن المالك المستعير فليس له أن يرجع على الغاصب •

٣١٦٧ـ وهو قول الشافعي ، وسمعت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يحكى في الدروس أنه يرجع على الغاصب في رواية ، وسواء بينه وبين المودع للغاصب

اذا ضمن ، والصحيح انه لايرجع ، وهذا في ضمان العين •

ضمان أجرة المنافع

٣١٦٨ـ وقال اصحاب الشافعي : فان ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب ؟

قولان على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه الى مالكه أحمدهما يرجع لانه غيره والثاني لايرجع لان المنافع تلفت تحت يده •

فصل

الرجوع في العارية

٣١٦٩ ـ ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض[(١)] •

٣١٧٠ـ وللمستعير ان يرد لان ذلك اباحة فجاز لكل واحد منهما رده كاباحة الطعام ، وهذا لا خلاف فيه •

فصل

مؤونة الرد

٣١٧١ـ واذا فسخ العقد وجب مؤونه الرد على المستعير لقوله عليه السلام• عارية مؤداة •

ولانه يجب الرد عليه كالمغصوب اذا طلبه •

فصل

متى يبرأ بالرد من الضمان

٣١٧٢ ـ واذا ردها الى المعير أو وكيله أو الدابة الى أصطبلها والعين الى دار مالكها أو سلمها الى أحد من عياله ومن جرت العادة بحفظ ماله بريء من الضمان •

٣١٧٣ـ وقال الشافعي لايبرأ حتى يرد على المالك ووكيله ، لان هذا حكم العادة في العوارى •

---

(١) جاء في بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٦٠) ان العارية عقد جائز عند الشافعي وابى حنيفة ، اى للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء ، وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وان شرط مدة لزمته تلك المدة ، وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية » •

٣١٧٤ـ وقد فرق اصحابنا بين ذلك وبين من استعار الحلي والجوهر فقالوا فيه ماقال الشافعي لان العادة الا ترد الى الـدار •

٣١٧٥ـ وقالوا في الوديعة لوردها الى داره لم يبرأ من الضمان ، لان المودع لم يرض بمن في داره لحفظها فصار مفرطا •

فصـــل

استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله

٣١٧٦ـ ومن اســتعار عينا فله ان يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله لان يده قائمة مقام يد المستعير •

التوقيت والإطلاق

٣١٧٧ـ وتجوز الاعارة مطلقة وموقتة •

٣١٧٨ـ ولا يجوز في الاجارة الاطلاق •

٣١٧٩ـ لانه اباحة فجاز مطلقا ومعينا كاباحة الطعـام •

فصـــل

ما لمستعير الأرض

٣١٨٠ـ واذا قال : اعرتك هذه الارض لتنتفع بها جاز له ان يزرع ويغرس لان الاذن عام مطـلق •

فصـــل

ما يجوز عند تعيين الانتفاع

٣١٨١ـ وان عين له مايفعل ، جاز له فعله وفعل ماهو اقل ضررا منه ، كما قلنا في الاجارة •

والغـرس اكثر ضررا من الزرع ، والبناء اكثر من الغرس •

فصـــــل

رجوع من أذن بالبناء والغرس

٣١٨٢ـ واذا اذن له في الغرس والبناء فبنى او غرس فله ان يرجع ،ويكلفه القطع بغير ضمان ، لان هذا مقتضى العـارية •

٣١٨٣ـ وان وقت العارية ، فله المطالبة بالقلع بعد المدة بغير ضمان ، وفـى المـدة يضمن •

٣١٨٤ـ وقال زفر لا ضمان عليه وقت او لم يوقت •

٣١٨٥ـ وقال ابن ابي ليلى عليه الضمان وقت او اطلق •

٣١٨٦ـ وقال الشافعى ليس له ذلك الا بشرط الضمـان •

٣١٨٧ـ لانه عندنا غير مغرور فلا يجب الضمان •

فصـــــل

اشتراط القلع

٣١٨٨ـ واتفق الفريقان على انه اذا شرط عليه القلع انه يقلع بغير ضمان لقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم •

٣١٨٩ـ فان كان يضر بالارض فللمالك ان يعطيه قيمة ذلك مقلوعا عندنـا ويملك الغرس والبنـاء •

٣١٩٠ـ وقال الشافعي : لايلزمه تسوية الارض لانه لما شرط القلع فقـــد رضى بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولانه مأذون فيه فلا يلزم الضمان •

فصـــــل

نقصان قيمة الغرس

٣١٩١ـ وقال : ان نقصت قيمة الغرس ولم يكن اشترط القلع فان اختـار المستعير القلع كان له ذلك لانه ملكه فملك نقله ، فاذا قلعه فهل يلزمـه تسـوية الارض ؟ فيه وجهان :

أحدهما لايلزمه لانه «رضى»[1] لما علم بما يؤول اليه القلع ، والثاني يلزمه لان القلع باختياره لانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الارض ، ويجبر المستعير على القلع اذا ضمن نقض ذلك القلع ٠

فصل

دخول المعير في الأرض

٣١٩٢ـ قالوا ـ أعنى أصحاب الشافعى ـ واذا أقررنا الغراس فى ملكه فاراد المعير أن يدخل الى الارض ليتفرج او ليستظل بالغرس لم يكن للمستعير منعه ، لان الذى استحق المستعير مواضع الغرس ، فأما البياض فلا حق له فيه فجاز للمالك التصرف فيه ٠

٣١٩٣ـ واذا اراد المستعير دخولها نظرت :

فان كان للفرجة لم يجز لانه قد رجع في الاعارة فلا يجوز دخولها من غير اذن ، وان كان لاصلاح الغرس او أخذ الثمرة ففيه وجهان :

أحدهما لايملك لان حقه اقرار الغرس والبناء دون ماسواه ٠

والثاني انه يملك ، قالوا وهو الصحيح ، لان الاذن في الغرس اذن فيما يعود بصلاحه واخذ ثماره ٠

فصل

٣١٩٤ـ قالوا : وان أراد المعير بيع الارض جاز لانه لاحق فيها لغيره فجاز بيعه ٠

٣١٩٥ـ وان ارد المستعير بيع الغرس من غير المعير ففيه وجهان :

أحدهما يجوز لانه ملك له لا حق لغيره فيه ٠

والثاني لايجوز لان ملكه غير مستقر لان للمعير ان يبذل له القيمة ويقلعه او ياخذهما لنفسه ٠

٣١٩٦ـ قالوا : والاول أصح لانه بمنزلة الشخص المشفوع ٠

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج ٠

فصــــل

هل التفريط شرط في المسؤولية؟

٣١٩٧ـ وقالوا : وان حمل السيل طعام[1] رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على قلعـه ؟

فيه وجهان احدهما لايجبر لانه غير مفرط في انباته •

والثاني يجبر وهو الصحيح •

وهو قياس قولنا •

لانه أشغل ملك غيره بملكه من غير اذن فأجبر على ازالته كما لو انتشر شجره في دار غيره •

فصــــل

اختلافهما حول دابة امعارة هي أم مستأجرة

٣١٩٨ـ واذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك اكريتكها على الاجرة •

وقال الراكب بل اعرتنيها فلا اجرة لك فالقول قول الراكب •

٣١٩٩ـ وهو قول الشافعي في كتاب العارية •

٣٢٠٠ـ وقال اصحابه : انه قال فى كتاب المزارعة ان المزارع اذا ادعى العارية والمالك الاجارة ان القول قول المالك •

فمن اصحابه من حمل كل مسئلة على ظاهرها •

ومن اصحابه من نقل جواب كل مسئلة الى اخرى وجعلها على قولين •

٣٢٠١ـ لان المنافع عندنا لاتقوم بغير عقد ، والاصل براءة الذمة وفراغ الساحة ولم يوجد مايستحق الاجرة ، واذا جعلوا القول قول المالك حلف واستحق الاجرة •

(١) يقصد بالطعام فى المصطلح العراقي حتى اليوم الحبوب كما يقصد به الطعام المعد للاكل •

فصـــــل
قدر الأجرة

٣٢٠٢ـ وفي قدر الاجرة وجهان :
احدهما يجب المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها •
والثاني تجب اجرة المثل وهو الصحيح •

٣٢٠٣ـ قالوا وان نكل عن اليمين لم ترد على المتصرف لان اليمين انما ترد ليستحق بها حق ، والمتصرف لايدعي حقا فلم ترد عليه •

٣٢٠٤ـ قالوا : فان قلنا ان القول قول المتصرف حلف وبرىء من الاجرة، فان نكل ردت اليمين على المالك ، فاذا حلف استحق المسمى وجها واحدا لان يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين وكالاقرار في الآخر ، وأيهما كان وجب المســمى •

فصـــــل
تلف الدابة بعد الركوب

٣٢٠٥ـ وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا :
فمن جعل القول قول المالك حكم بالاجرة •
ومن جعل القول قول الراكب فمنهم من حكم عليه بأقل الامرين من الاجرة والقيمة لاتفاقهما على اســتحقاقه ، ومنهم من قال لايلزمه شيء لانه لايدعي القيمة والاجرة لاتســتحق عليه •

فصـــــل
ادعاء المالك الغصب والمتصرف العارية

٣٢٠٦ـ واذا قال المالك غصبتها فعليك الاجرة وقال المتصرف بل اعرتنيها فلا اجرة علي ، فان المزني نقل عن الشافعي ان القول قول المستعير ، ومن اصحابه من قال المسئلة على طريقين : احدهما الفرق بين الارض والدابة ومنهم من قال الجمع على قولين : لان الخلاف في وجوب الاجرة •

فصـــل

خلافهما بعد الهلاك

٣٢٠٧ـ فان كان الخلاف بعد الهلاك فالقول قول المالك لانه لم يقر بما يوجب سقوط حقه والراكب يدعي عقدا يسقط الضمان فلا يقبل قوله •

فصـــل

٣٢٠٨ـ وان اختلفا فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتنيها فالقول قول المالك لانهما اتفقا ان الملك له واختلفا في صفة الانتقال فكان القول قول المالك ، ولا فرق بين ان تكون باقية او هالكة عندنا •

٣٢٠٩ـ وقال اصحاب الشافعي ان كانت العين قد تلفت نظرت فان لم تعين مدة لمثلها اجرة فان المالك يدعي القيمة والراكب يقر باجرة ، فان كانت القيمة اكبر من الاجرة لم يستحق حتى يحلف •

٣٢١٠ـ وان كانت القيمة مثل الاجرة أو أقل منها ففيه وجهان أحدهما يستحق من غير يمين لانهما اتفقا على الاستحقاق ، والثاني لايستحق من غير يمين لانه اسقط من الاجرة ، وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب ينكر فلم يستحق من غير يمين •

فصـــل

ادعاء المالك الغصيب والراكب الإجارة

٣٢١١ـ واذا قال المالك : غصبتها •

وقال الراكب بل اجرتنيها فالقول قول المالك لان الاصل عدم الاجارة ، فان كانت موجودة • ردها ولا شيء عليه وان كانت تالفة غرم القيمة •

٣٢١٢ـ وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة ، وفي الذى ذكرت اصوله وبعض الفروع •

ولما كان احياء الموات يملك بغير عوض ، وكان ذلك يفتقر الى اذن الامام ولا يفتقر الى اذن أحد صار في معنى التبرع فوجب ان يذكر ههنا •

كتاب إحياء الأموات

وهذا كتاب إحياء الأموات

٣٢١٣ـ اعلم ان الموات كل أرض بطل الانتفاع بها أما لعدم الماء وخراب الانهار أو لكثرة الماء كالبطائح والصروات[١] ٠

تحديد معنى الإحياء

٣٢١٤ـ والاحياء هو ان يجعلها منتفعا بها ٠

٣٢١٥ـ وحقيقته فيما كان عامرا فخرب ، لانه يبطل الانتفاع به كما يبطل الانتفاع بالحيوان اذا مات ، غير ان موت الحيوان يبطل ملك المالك عنه ، وخراب الارض لايزيل ملك المالك عنها ٠

فصل

ما لا يجوز إحياؤه لغير مالكه

٣٢١٦ـ وكل أرض لها مالك معين من المسلمين أو أهل الذمة أو موقوفة على بعض فانه لايجوز احياؤها لغير مالكها بلا اختلاف ٠

فصل

ما يجوز إحياؤه

٣٢١٧ـ وما لايعرف له مالك معين ، وان كان عليه اثر العمارة فانه يجوز احياؤه لقوله عليه السلام :

ـ « من احيا أرضا ميتة فهي له »[٢] ٠

---

(١) كذا أيضا في نسخة قليج وفي نسخة منيخ القـروات والقرو من الارض الذي لايكاد يقطعه شيء والجمع قـرُو" ٠ (لسان العرب) ٠

(٢) وتمام الحديث « وليس لعرق ظالم حق » الموطأ ٢ـ١٧ ، أبو عبيـدة الاموال ٢٨٦ ، القرشي : الخراج ٨٣ ، وأبو يوسف ١١٧ : الخراج ٦٤ـ٦٥ ٠ ويروى الامامية الاثنا عشرية عن الامام الباقي قوله « ايما قوم احيوا شيئا من الارض فهم أحق بها ، وهي لهم (الطوسى : التهذيب٧ـ١٤٩ ، ١٥٢ ، والاستبصار ٣ـ١٠٧ ، ١١٠ والكليني ٥ـ٢٩٧ ٠ انظر رسالة احياء الاراضى الموات للسـيد محمود المظفر ، ص ٣٧ـ٣٨) ٠

٣٢١٨ـ وقال اصحاب الشافعي :

الاحياء على ثلاثة اوجه :

٣٢١٩ـ منها ماباد اهله ولم يعرف مالكه كالحرز[1] العادى ، فانه يجوز احياؤه لقوله :

ـ « عادى الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد »[2] .

رواه طاووس .

٣٢٢٠ـ وهذا قولنا .

٣٢٢١ـ فان كان في دار الاسلام فهو كاللقطة وان كان في دار الحرب فهو كالركاز .

٣٢٢٢ـ والوجه الثاني انه لايملك بالاحياء لانه ان كان في دار الاسلام فهو لمسلم ، او ذمي ، او لبيت المال فلا يجوز احياؤه .

وان كان في دار الحرب جاز ان يكون لكافر اذا لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله بالاحياء .

٣٢٢٣ـ والثالث انه ان كان في دار الاسلام لم يملك وان كان في دار الحرب ملك .

٣٢٢٤ـ وعندنا الجميع سواء اذا عدم المالك نظر الامام في ذلك نظر المصالح.

فصل

ما قرب من العامر

٣٢٢٥ـ وما قرب من العامر فليس بموات وما بعد فهو موات .

٣٢٢٦ـ وحده ابو يوسف انه الذى اذا وقف على طرف العامر ونادى بأعلى صوته لم يسمع ، جاز احياؤه .

٣٢٢٧ـ وقال الشافعي : مايحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لايجوز احياؤه لانه تابع للعامر ، وكذلك مابين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الاسواق لايجوز تملكه بالاحياء .

(١) كذا ولعلها الحوز . وفي نسخة قليج كالحزب العادي وهو غلط .

(٢) أبو عبيد : الاموال ٢٧٢ .

٣٢٢٨ـ لانه من العامر فليس بموات ، وما عدا ذلك فليس لاحد فيه حق فجاز أن يمــلك •

فصـــل

الإحياء سبب للتمليك

٣٢٢٩ـ والاحياء سبب للتمليك[١] يصح من كل من يجوز ان يملك المال لانه فعل يملك فيه كالاصطياد •

٣٢٣٠ـ ولا فـرق عندنا بين المسلم والذمي والحر والعبـد والمأذون له والمكاتب •

٣٢٣١ـ وقال الشافعي : لايجوز للامام ان يأذن لذمي في الاحياء •

٣٢٣٢ـ لانه يملك الارض بالبيع والهبة فملك بالاحياء كالمسلم ، ولانـه يتعلق به حق لكافة المسلمين •

وقوله عليه السلام : ثم هي لكم مني خطاب لمن حضره فيدخل فيه المسلم والذمي ، لان حكمه حكم بيت المال •

فصـــل

اذن الإمام

٣٢٣٣ ـ وقال أبو حنيفة لابد من اذن الامام في الاحياء ليقع الملك [٢] •

---

(١) لم يحدد السمناني المقصود من التمليك والملكية التى تتحقق للمحيى بالاحياء ، ويكون الاحياء سببا فى تملكها ولعل عذره فى ذلك اختلاف الفقهاء فى ذلك ، فهم بين من يرى ان الملك مطلق وحاجز وبين من يرى انه مقيد وبين من يرى أنه لايعدو الانتفاع، والاتجاه الاول يمثله التعريف الذي أشار اليه السيد الجرجاني بقوله ان الملك فى اصـطلاح الفقهاء اتصـال شرعى بين الانسـان وبـين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف غيره •

(٢) والى مثل هذا القول ذهب الامامية الاثنا عشرية اجماعا كما ذكر السيد المظفر ص٩٧ استنادا الى ماجاء في الخلاف للطوسـي ٢ـ٢ والشـهيد في اللمعة ٢ـ٢٥٠ والجواهر ٦ باب احياء الموات والعاملي فى مفتاح الكرامة ، وجاء فـى شرائع الاسلام للمحقق الحلي ٢ـ١٦٨ ان الموات « للامام (ع) لا يملكه احد وان أحياه ، مالم يأذن له الامام ، واذنه شرط » •

٣٢٣٤ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز بغير اذن الامام •

٣٢٣٥ـ وهو قول الشافعي ، لانه مال وصل الينا •

٣٢٣٦ـ لانه مال وصل الينا بزوال يد اهل الشرك فلا يجوز لاحد ان ينفرد به بغير اذن الامام كالغنيمة ومال[1] بيت المال •

فصل

ماهية الإحياء

٣٢٣٧ـ والاحياء ان يعمر الارض ويعرضها للانتفاع ، ويرجع في ذلك الى العرف •

فان كان يريد السكنى بنى سور الدار او حجر[2] ان جرت العادة به ، وان كان للزراعة حرث وكرب وساق الماء وحفر البئر والعين وما يقرب من الانتفاع •

فصل

ما يترتب على الأحياء

٣٢٣٨ـ واذا أحيا الارض ملكها وما فيها من المعادن كالبلور والفيروزج والحديد والرصاص لانه من اجزاء الارض فملكه بالاحياء كما يملك بالشراء وكما يملك الماء والعين فيها •

٣٢٣٩ـ ومن اصحاب الشافعي من قال :

لايملك الا الماء وما ينبع منها •

فصل

استثناء الكلأ

٣٢٤٠ـ ولا يملك مانبت فيها من الكلأ وما لاينبته الناس •

---

(١) فى نسخة قليج : وينال (٢) فى النسختين جصص وفى سائر كتب الفقه يرد مصطلح التحجير •

٣٢٤١- وقال بعض اصحاب الشافعي يملك ٠
٣٢٤٢- لانه عليه السلام قال :
لا حمى في الاراك ٠
وقال : الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار ٠
٣٢٤٣- ولا خلاف انه لو فرخ الطير في الشجر لم يملكه ٠
ولو ولد في ارضة ظبى لم يملكه كذلك ماذكرناه ٠

فصـــل
حريم العين وما إليه

٣٢٤٤- ويملك حريم[1] العين فيما يحتاج اليه من الفناء ، وفناء البئر للعطن أربعون ذراعا وللزرع فى قول أبى يوسف ومحمد ستون ذراعا وحريم البئر خمسمائة ذراع فى رواية الطحاوى وثلثمائة فى رواية القدورى فى المختصر الا ان يتجاوز الحبل فيكون له منها [منتهى] الحبل في البئر ٠

فصـــل
تصرف المحيي فيما أحياه

٣٢٤٥- ومن ملك درا باحياء او شراء فجعل داره مقصرة او مدبغة لم يكن للاخر منعه لانه تصرف في ملكه ٠

فصـــل
ما يمنع منه المحيي من التصرفات

٣٢٤٦- وان طرح في أصل حائطه سرجينا منع لانه يضر بالحائط ٠
٣٢٤٧- وان حفر جبا فى اصل حائطه لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه ٠

(١) عرف الجريم فى الفقه بانه ما تمس الحاجة اليه لتمام الانتفاع بالمعمور (نهاية المحتاج ٥/٣٣٠ وانظر ايضا مفتاح الكرامة ١٣/٧ ورسالة السيد محمود المظفر ، ص ١٠٦ ٠

٣٢٤٨ـ وقال بعضهم يمنع لانه يضر بالحاجز الذى بينهما في الارض •

فصـــــل
حفر الآخر بئراً

٣٢٤٩ـ وان ملك بئرا بالاحياء فجاء آخر وحفر بئرا ناحية على حريمه فنقص ماء الاولى لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه ولا حق لغيره فيه •

فصـــــل
المحجر أحق بما تحجر

٣٢٥٠ـ وان تحجر مواتا باذن الامام او بغير اذنه عند من اجاز ذلك ، وهو أن يشرع في احيائه ولم يتم فهو احق به من غيره لقوله عليه السلام :
ـ من سبق الى مالم يسبق اليه فهو احق به •

فصـــــل
تصرفات المحيي بما أحياه

٣٢٥١ـ ويورث ما ملك بالاحياء ، ويباع ويوهب ويتصرف فيه بسائر التصرف بالاملاك لانه ملك بسبب صحيح •

فصـــــل
المعدن الظاهر في الموات

٣٢٥٢ـ من سبق فى الموات الى معدن طاهر لايحتاج الى مؤونة كالماء والقار والملح والنوشادر والياقوت والرخام والبرام ؟ والكحل فهو أحق به لانه سبق الى مالم يسبق اليه احد •

فصـــــل
إذا طالت مدة التحجر

٣٢٥٣ـ واختلف فيه اذا اطال المقام هل يمنع ام لا ؟ فمنهم من قال يمنع

لانه يضر تحجيره ، ومنهم من قال لايمنع لانه لم يسبق اليه أحد •

فصل

تدخل الإمام

٣٢٥٤ـ وللامام ان يخص بالمكان اذا تشاحنا فيه احدهما •

فصل

معدن الذهب والفضة وما يطبع

٣٢٥٥ـ واختلف في معدن الذهب والفضة وما يطبع هل يملك بالاحياء ام لا ؟ •

٣٢٥٦ـ فمنهم من قال يملك ، وهو قولنا ومنهم من قال لايملك •

٣٢٥٧ـ لانه تصرف باذن الامام فكان كمال بيت المال •

فصل

الارتفاق فيما بين العامر

٣٢٥٨ـ ويجوز الارتفاق فيما بين العامر من الشوارع والطرقات والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق اهل الامصار في جميع الاعصار على ذلك من غير نكير ، ولانه لا ضرر على احد في ذلك ، وله ان يظل بما لايضر بالمارة من ثوب وبارية[١] لانه مباح للحاجة •

فصل

٣٢٥٩ـ واذا قام وترك المتاع لم يكن لغيره فيه حق مادام متاعه ، ولغيره ان يقعد اذا قام لان حقه سقط بقيامه •

---

(١) البارية فى لهجة العراق هى الحصير من القصب المشرح •

فصـــــل
إطالة المقام

٣٢٦٠ـ وهل له أن يطيل المقـام ؟

فيه خلاف : فان تشاح فيه اثنان فمنهم من قال : يقرع بينهما ، ومنهم من قال يخص الامام من شاء منهما •

فصـــــل
للإمام أن يحمي ويقطع

٣٢٦١ـ ويجوز للامام أن يحمي أو يقطع الموات الا مايضر بكافة المسلمين ويتعلق بمصالح العامة ، كالابار التي يشربون منها ، والملح الذى يمتارون منــه والكــلاء •

ويجوز ان يحمي لابل الصدقة وخيل المجـــاهدين •

فصـــــل
ما أقطعه النبي

٣٢٦٢ـ أما جواز الاقطاع فقد اقطع النبي عليه السلام لوائل[١] أرضا وأرسل معه معـاوية ، واقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام[٢] ورمى بسوطه فقال : اعطوه حيث وقع السوط •

فصـــــل
إقطاع الخلفاء

٣٢٦٣ـ واقطع ابو بكر واقطع عمر وكذلك عثمان وعلي ، وهو فعل ائمة العدل وولاة الجور في سائر الازمان ، بل فعل الخوارج والملوك من غير نكـير يظهر على فاعله وطالبه ولو عدد بامر من اقطع او اقتطع لطال الكتاب •

---

(١) هو وائل الحضرمي وقد اقطع ارضا بحضرموت •

(٢) اى عجز عن الجرى والتقدم •

فصــــل

مقدار ما يجوز إقطاعه

٣٢٦٤ـ وينبغي أن لا يقطع أحدا الا مما يتمكن من عمارته واحيائه ، لانه اذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة[1] .

المعادن الظاهرة

٣٢٦٥ـ ولا تقطع المعادن الظاهرة ، لما روى أبيض بن حمال[2] انه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملح مأرب[3] فاقطعه ثم أن الاقرع بن حابس[4] قــال :

ـ يارسول الله ، اني قد وردت الملح في الجاهلية ، وهو بأرض ليس بهــا ملح ، ومن ورده أخذه وهو مثل الماء العد[5] بأرض فاستقال أبيض فقال أبيض قد

---

(١) لا تخفى أهمية هذه القاعدة ومدى دلالتها عــلى ســياسة التشريع الاسلامي بصدد اعمار الارض بالاقطاع وكون ذلك مقيدا بالقيود المذكورة لئــلا يؤدى الاقطاع المطلق الى استغلال الفلاحين او تضخم الملكية .

(٢) جاء في اسد الغابة ١ـ٤٥ :

أبيض بن حمــال بن مرثد بن ذي لحيان عامر بن ذي العنبر .. الهمــداني وهو ابيض المأربي السبأى .. وفد على رسول الله (ص) واستقطعه الملح الــذى بمأرب فاقطعه ، فلما ولى قال رجل يارسول الله ، أتدرى ما أقطعت له ؟ انمــا أقطعت له الماء العــد فانتزعه منه ، ومن حديثه أيضا انه سـأل النبي (ع) عما يحمى من الاراك قال ما لا تناله اخفاف الابل .

(٣) في النسختين مارن وهو غلط كما يظهر مما ورد في ترجمة أبيض بـن حمــال .

(٤) جاء في اسد الغابة ١ـ١٠٧ هو الاقرع بن حابس بن عقال .. قدم على النبى (ص) مع اشراف تميم بعد فتح مكة .. وشهد مع خالد بن الوليد حــرب العراق وشهد معه فتح الانبار وكان على مقدمة خالد بن الوليد ، وكان شريفا في الجاهلية والاسلام ، واستعمله عبدالله بن عامر على جيش سيره الى خراســان فاصيب بالجوزجان هو والجيش .

(٥) العد : الكثرة ، يقال انهم لذو عد وقبص (لسان العرب) .

اقلته فيه على ان يجعله صدقة ، فقال رسول الله (ص) هو منك صدقة ، وهــو مثل الماء العد من ورده أخذه •

فصـــل

المعادن الباطنة

٣٢٦٦ـ واختلف اصحاب الشافعي في المعادن الباطنة فمنهم من قال ان قلنا الملك بالاحياء جاز اقطاعها لانه موات يجوز ان يملك بالاحياء ، وان قلنا : لايملك بالاحياء فهل يجوز اقطاعه ؟ فيه قولان : احدهما يجوز لان الانتفاع به يفتقــر الى المؤن كموات الارض ، والثاني لايجوز لانه معدن لايملك بالاحياء فلم يجز اقطاعه ويرعى ما فيه من الكلأ لما روى الصعب بن جثامة[١] قال :

سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول :

ـ لا حمى الا لله ورسوله •

فصـــل

٣٢٦٧ـ فالرسول صلى الله عليه له ان يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأمـا نفسه فما حمى لها ، ولكنه حمى للمسلمين لانه حمى البقيع لخيل المسلمين •

فصـــل

٣٢٦٨ـ وأما الائمة فلا تحمى لنفسها ولهم أن يحموا لخيل المجـاهدين ونعم الصدقة والجزية وماشية من يضعف عن الابعاد في طلب النجعــة •

٣٢٦٩ـ وللشـــافعي قولان :

أحدهما [مثل] قولنا والثاني لايجــوز •

---

(١) جاء في اسد الغابة ٣ـ١٩ :

الصعب بن جثامة واسمه يزيد بن قيس بن ربيعة ٠٠ الكناني الليثي أمــه زينب بنت حرب بن أمية اخت ابي ســـفيان ، وحالف جثامة قريشا كان الصعب ينزل ودان والابواء من ارض الحجاز توفي في خلافة ابي بكر ، روى عنه ابــــن عباس ان النبي (ص) قال لا حمى الا لله ولرسوله •

معارضة أعرابي في الإحياء

٣٢٧٠ـ وقد روى عبدالله بن الزبير عن ابيه قال : اتى اعرابي من اهل نجد عمر فقال : ياأمير المؤمنين :

بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام فعلى ما تحميها .

فأطرق عمر رحمه الله وجعل يفتل شاربه ، وكان اذا كره أمرا فتل شاربه ونفخ .

فلما رأى الاعرابي مابه جعل يردد ذلك فقال عمر :

المال مال الله والعباد عباد الله ، ولولا ما احمل عليه في سبيل الله[١] ماحميت من الارض شبرا في شبر .

٣٢٧١ـ قال مالك رحمه الله :

نبئت[٢] أنه رحمه الله كان يحمل في كل عام أربعين ألفا من الظهر وقال مرة من الخيل .

عامل الحمي

٣٢٧٢ـ وروى زيد بن اسلم عن ابيه ان عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى .

وقال : ياهني ، اضمم جناحك[٣] عن الناس واتق دعوة المظلوم ، فان دعوة المظلوم مجابة ، وادخل رب الصريمة والغنيمة واياك ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعان الى شيء من زرع ، ويحك ان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ماشيته يأتيني فيقول :

ياأمير المؤمنين ياأمير المؤمنين افتاركهم لا ابالك !

فالماء والكلأ ايسر عندي من الذهب والورق ، والذي نفسي بيده ، لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا[٤] .

(١) المصلحة العامة في اصطلاح الفقه بعد ذلك .
(٢) في نسخة قليج ثبت .
(٣) في نسخة قليج : جيادل ولا معنى له .
(٤) تقييد الحمى بالضرورات .

فصـــــل

مصير ما حماه الرسول (ص)

٣٢٧٣ـ وما حماه النبي عليه السلام من الارض لحاجة وهى باقية لم يجز احياؤها[1] وان زالت الحاجة فمنهم من قال يجوز لان السبب زال ، ومنهم من قال لايجوز لان ماحكم به النبي (ص) نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد •

مصير ما حماه الإمام

٣٢٧٤ـ وفيما حماه الامام خلاف هل لمن بعده ان ينقضه ام لا ؟

فصـــــل

أقصى مدة للتحجير

٣٢٧٥ـ ومن اقطعه الامام مواتا فعمره فيما بينه وبين ثلاث سنين ملكه وان جازت ثلاث سنين لم يملكه وعاد الى حكم الموات ، لان عمر قال لبلال بن الحرث انما اقطعك النبي عليه السلام العقيق لتعمره لا لتحجبه ثم انتزعه منه ورده الى اصحاب رسول الله (ع) وقد روى انه قال :

لا حق لمحتجر فوق ثلاث سنين ، ولأن القصد عمارة الدار ونفع المسلمين بما يؤخذ من الارض من الحق •

فصـــــل

خراجية أم عشرية؟

٣٢٧٦ ـ واذا تم الملك بالاحياء فان شربت الارض بماء السماء فهى أرض عشر وان ساق الماء من أنهار المسلمين التى حفروها أو سقاها بمـــاء المطـــر[2]

(١) فى النسختين احماؤها ولا يستقيم المعنى بذلك •

(٢) المقصود ماتجمع من ماء المطر في أحواض •

أو ساق اليها الماء من بعض الاودية التى هى خلقة فى الارض لم ينبشها الكفار نحو دجلة والفرات فان ابا يوسف يعتبر حال الارض التى تحي والارض التي فيها هذه الانهار العظام فان كانت في حيز ارض الخراج حكم بانها خراجيــة ، وان كانت فى ارض العشر جعلها عشرية •

٣٢٧٧ـ وقال محمد تكون عشرية وان كانت في حيز الخراج ومسقية من الانهار التى في أرض الخراج •

٣٢٧٨ـ واتفقوا انه اذا ساق اليها الماء من نهر كان في يد الكفار والاعاجم هم حفروه وانشأوه كنهر الملك[1] ونهر الرفيل[2] وما جرى مجراهما من الانهار فان الارض تكون أرض خراج لان هذه انما وصلت الينا بالغلبة وظهورنا عليها فتعلق حق الكافة بها ، وحق الكافة في الخراج دون العشر فيجب ان يوضع الخــراج عليهـا •

فصــــل

بيع أرض الخراج

٣٢٧٩ـ وارض الخراج يجوز بيعها عندنا وتجرى في المواريث ، وهي ارض العراق •

٣٢٨٠ـ وقال الشافعى نفسه لا أدرى ماصنع عمـر رضى الله عنه فى أرض السواد •

٣٢٨١ـ واختلف اصحابه في تفصيل مذهبه فمنهم من قال باعها والخراج

---

(١) فرع كبير من فروع الفرات كان ينتهي الى دجلة جنوب بغداد ويعرف باسم نهر الملك او نهر ملكا وكان هذا النهر يروي الجانب الغربي من المدائن (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد واحمد سوسة ص ٢٤ـ٢٥) •

(٢) فرع من فروع الفرات عرف فى العصر العباسي باسم نهر عيسى وعرف قبل العهد العربى باسم نهر الرفيل وكان هذا الفرع ينتهي الى بغداد الغربية ويصب فى دجلة والرفيل الذى ينسب اليه هذا النهر هو اسم دهقان من الفرس أسلم على يد سعد بن ابي وقاص (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد واحمد سوسة ص ٥ ـ ٦) •

ثمن ، ومنهم من قال بل رقبها والخراج أجرة ، ولهم تفصيل طويل •

٣٢٨٢ـ والاصل فيه هو ماذكرناه ، والصحيح عندنا انها مملوكة يجرى فيها البيع لاتفاق العلماء في سائر الاعصار على جواز فعل ذلك •

فصـــــل
حكم المياه

٣٢٨٣ـ والمياه عندنا على اصل الاباحة لاتملك الا بالاخذ ، ولا فرق عندنا بين ماينبع في ملك لرجل معين او احد من الاودية العظام •

٣٢٨٤ـ وقال اصحاب الشافعي : كل ماينبـــع في ارض مملوكة فصاحب الارض احق به لانه يملكه •

٣٢٨٥ـ ومن اصحابه من قال لايملكه وانما لايجوز لغيره ان يدخل ملكه وكان هو احق به •

٣٢٧٦ـ والخلاف في كلأ نبت في الارض مثل ذلك •

٣٢٨٧ـ وعلى صاحب الارض بذل الماء للشرب وللحيوان ، ولا يجب للزرع ولمن احتاج اليه الدخول الى ارضه واخذه ، لقوله عليه السلام : الناس شـــركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار •

٣٢٨٨ ـ وقال أبو عبيد بن حرب لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بـذل الكلأ للماشية وبذل الدلو والحبل ، وهذا لايصح لانه عليه الســـلام نهى عن بيـع فضل الماء ، وقال عليه السلام :

ـ من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله تعالى فضل رحمته •

٣٢٨٩ـ ولا يلزمه بذله للزرع لانه لا حرمة له في نفسه ، والحيوان لـــه حرمة في نفسه ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، والماشية لو كـــانت له لزمه سقيها ، وهذا كله اذا كان للماء فضل ، فان كان لايفضل عن صـــاحبه ويستضر ببذله كان احق به •

فصـــــل

٣٢٩٠ـ ولا يجوز بيع ماء في البئر ولا في النهر •

٣٢٩١ـ ومن اصحاب الشافعي من اجازه لانه غير مملوك للبائع ، ومن اخذه ملكه فلا يجوز بيعه كالصيد •

فصل

٣٢٩٢ـ واذا كان نهرا صغيرا لايمكن سقي الارض منه الا بحبسه ، فان كانت الارض مستوية بدأ من سقيه اول النهر فحبس الماء حتى يسقي أرضه الى ان يبلغ الى الكعب ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى ان ينتهي آخر الاراضي لما رواه عبادة بن الصامت[1] ان النبي (ص) قضى في شرب من سيل ان للاعلى ان يشرب قبل الاسفل ويجعل الماء الى الكعب ثم يرسله الى اسفل الذي يليه كذلك حتى تنتهي الارضون[2] وما روى ان الزبير ورجلا من الانصار

---

(١) جاء في أسد الغابة (١٠٦/٣) عبادة بن الصامت بن قيس الانصاري الخزرجي أبو الوليد وامه قرة العين بنت عبادة بن نضلة •

شهد العقبة الاولى والثانية وكان نقيبا على القوافل ، آخى رسول الله بينه وبين أبي مرثد الغنوي وشهد بدرا وأحدا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) واستعمله النبي على بعض الصدقات وقال له اتق الله لاتأتي يوم القيامة ببعير تحمله له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة لها ثؤاج ، قال فوالذي بعثك بالحق لا أعمل على أثنين جمع القرآن على عهد الرسول وكان يعلم اهل الصفة القرآن، ولما فتح المسلمون الشام ارسله عمر وارسل معه معاذ بن جبل وابا الدرداء ليعلموا الناس القرآن بالشام ويفقهوهم بالدين • وخالفه معاوية فى شيء انكره عبادة فأغلظ له معاوية فى القول فقال عبادة لا اساكنك بأرض واحدة أبدا ورحل الى المدينة فكتب عمر الى معاوية لا أمرة لك عليه •

روى عنه جماعة من الصحابة والتابعين ، قال الاوزاعي اول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت ، وقد بايع عبادة رسول الله على أن لا يخاف في الحق لومة لائم : واقام في الشام خطيبا فقال :

أيها الناس انكم قد احدثتم بيوعا لا أدري ماهي ، الا أن الفضة بالفضة وزنا بوزن تبرها وعينها ، والذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ، الا ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة اكثرها ، ولا يصلح نسيئه الا وان الحنطة بالحنطة مديا بمدي والشعير بالشعير مديا بمدى الا ولا بأس ببيع الحنطة بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد ولا يصلح نسيئه ، والتمر بالتمر مديا بمدى والملح بالملح مديا بمدى ومن زاد أو ازداد فقد اربى • وتوفى عبادة سنة اربع وثلاثين أو خمس واربعين بالرملة وقيل بالبيت المقدس •

(٢) أنظر الرقم ٢٠٦ من هذا الكتاب •

تنازعا في شراج يسـقي بها الارض فقال الانصارى للزبير :

سرح الماء •

فأبى الزبير فاختصما الى رسول الله (ص) فقال للزبير اسق أرضك ثم ارسل الماء الى جارك •

فقال الانصارى :

ـ ان كان ابن عمتك يارسول الله •

فتلون وجه النبي (ص) فقال :

يازبير اسق أرضك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر •

فصـــل

٣٢٩٣ـ وان كانت الارض بعضهـا اعلى من بعض ولا يقف الماء في الارض العالية الى الكعب حتى يقف في الارض المستغلة الى الوسط سقي المستغلة حتـى يبلغ الماء الى الكعب ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب •

فصـــل

٣٢٩٣٤ـ وليس لمن شق نهرا او حفر بئرا ان يجيء غيره فيأخذ ماءه بغير اذنه لانه من مرافق ما احياه •

فصـــل

٣٢٩٥ـ واذا اشترك جماعة في استنباط عين او حفر نهر على ان يشتركوا في الماء ، فان دخلوا على ان يتساووا في الماء تساووا في الانفاق ، وان دخلوا على التفاضل تفاضلوا في الانفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة لانهم استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم على قدر المؤونة •

فصـــل

السقي بالمهايأة

٣٢٩٦ـ فان أرادوا سقي أرضهم بالمهايأة يوما ويوما ، جاز ، وان أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الارض ويفتح فيها كل على قدر حقوقهـم فتخرج حصة كل واحد منهم الى أرضه •

فصـــــل

أخذ الماء قبل القسمة

٣٢٩٧ـ وان أراد أحدهم ان يأخذ حقه من الماء قبل القسمة[١] من ساقية يحفرها الى أرضه منع من ذلك ، لان حريم النهر مشترك فلا يجوز لواحد منهم ان يحفر فيه ٠

فصـــــل

نصب رحى قبل القسمة

٣٢٩٨ـ وان أراد أحد ان ينصب رحى قبل القسم وهي لا تضر ويديرها بالماء منع لانه يتصرف في حريم مشترك وحق مشترك ٠

فصـــــل

سقي أرض أخرى

٣٢٩٩ـ وان أراد ان يأخذ الماء ويسقي به ارضا اخرى ليس لها رسم شرب من هذا النهر فمنهم من قال ليس له ذلك لانه يجعـل لنفسه شربا لم يكن له ، كما لايجوز لمن له داران في دربين متلاصقين أن يفتح من احدهما بابا الى الاخرى فيجعل لنفسه طريقا لم يكن له ٠

٣٣٠٠ـ وهذا قول اصحاب الشافعي واحدى الروايتين عن أصحابنا ٠

٣٣٠١ـ ومن أصحابنا من قال له ذلك لانه يأخذ حقه فله أن يعيره وله أن يجمده (كذا) والا ادى الى ضياعه ٠

٣٣٠٢ـ وقد ذكر الطحاوى فى مختصرة كتاب القسمة ان الدارين ان كانا لساكن واحد جاز له الفتح والعبر من احدهما الى الاخرى ، وان كان السـاكن لكل دار غير الآخر لم يجز[١] ٠

---

(١) فى نسخة قليج : (المقسم) ٠

(١) والمثال الوارد فى مختصر الطحاوى هو مثال«من اصابه فى قسمتهحجرة سفلا وعلوا من دار فأراد أن يفتح فى حائطها بابا من حجرة له سواها فى دار اخرىليتطرق من تلك الحجرة في هذه الدار لم يمنع مما يفعله في حائطه ، ثـم ينظر فان كان ساكن الحجرتين واحدا لم يمنع من التطرق في هذه الدار ، وان كان ساكن الحجر التي من وراء هذه الدار غير ساكن الحجر التى وقعت له من هذهالدار لم يخل بينه وبين ذلك » ٠ (ص ٤١٥ من المختصر المذكور) ٠

٣٣٠٣ـ وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يحكي ان هذه المسألة جرت بين الطبرى من أصحاب الشافعي والقاضي الصيمرى استاذه رحمهما الله وطالبه بالحجة فقال الصيمرى : انما منع من ذلك لان الشفعة تستحق بالطريق في كل درب فلو اجزنا ذلك لاخذ بكل دار شفعة التى في الدرب الآخر ، وهذا لايجوز ، وقال في نقل الماء من أرض الى اخرى انما لم يجز لان التنازع اذا وقع في الماء قسم على عدد الجريان ويتبع الشروب فيضر باصحاب النهر الاخر .

فصل

اختلافهما في قسمة الماء

٣٣٠٤ـ واذا اختلفا في الماء وقسمته فان أصحابنا قالوا يقسم على مساحة الارض فيعطى كل أرض مايخصها .

٣٣٠٥ـ وحكى ابو موسى الضرير في مختصره ان من الفقهاء من قال يقسم على عدد الرؤوس كما قال في الشفعة .

فصل

اختلافهم في حريم النهر

٣٣٠٦ـ واذا اختلفا في حريم النهر لمن هو .

قال ابو حنيفة يكون لصاحب الارض لأنه جزء منها ويكون تعبير الماء حقا عليه .

٣٣٠٧ـ وقال ابو يوسف ومحمد يكون لصاحب النهر حريما لملقى طينه.

٣٣٠٨ـ وكم يأخذ من كل جانب ؟

قال ابو يوسف مثل ذرع نصف بطن النهر وقال محمد مثل بطن النهر لانه لايمكن النفع به الا بحريم كالبئر .

٣٣٠٩ـ وهو قول الشافعي في الحريم انه لصاحب النهر .

فصل

اختلافهم في الكري

٣٣١٠ـ واذا اختلفا في الكرى في النهر فابو حنيفة يلزم الجميع بالحفر الى آخر ضيعة كل واحد ، فيكرى الاول حتى ينزل عن ضيعته ويسقط من الشركاء كأنه لم يكن وكذلك أبدا الى آخر النهر .

٣٣١١ـ وقال أبو يوسف ومحمد يشتركون في الجميع من أوله الى اخره ، لان الماء اذا قام افسد النهر •

فصـــــل

كيفية الكري

٣٣١٢ ـ وكيف يكون الكرى ؟

يكون على قدر الجربان في قولهم جميعا •

٣٣١٣ـ واذ قد ذكرنا مايملك بغير عوض بفعل واحد وجب ذكر مايملك بالشـــركة •

كتاب الشركة

جواز الشركة[1]

٣٣١٤ ـ اعلم ان الشركه في الجملة جائزه

٣٣١٥ ـ وقد كانت في الجاهليه وسائر الشرائع ، وهي في الاسلام ثابتة .

٣٣١٦ ـ واقرهم النبي (ع) عليها .

٣٣١٧ ـ وقـد روى ان اسـامة بن شريك العقيـلي (٢) اتى النـبي (ص) فقـال له :

ـ أتعرفني

ـ فقال :

ـ وكيف لا اعرفك وقـد كنت شريكي ، كنت نعم الشريك لا تداري ولا تماري

٣٣١٨ ـ وقد اجازها سائر الفقهاء

---

(١) الشركة والشركة سواء: مخالطة الشريكين . يقال : اشتركا بمعنى تشاركا (لسان العرب) .

(٢) هكذا جعل السمناني نسبة اسامة الى بني عقيل أما اسد الغابة ففيـه (١ ـ ٦٦) ان اسامة بن شريك ثعلبي من ثعلبة بن سعد عـداده في أهل الكوفة . سمع اسـامة يقول : اتيت النبي واصحابه كأنما على رؤسهم الطير فجاءته الاعراب من جوانب يسألونه عن اشـياء لا بأس بها فقال رسـول الله (ص) : عباد الله وضع الحرج او قال رفع الحرج الا من اقترض امرأ عظيماً فذلك الذي حرج وهلك .

أنواع الشركات

٣٣١٩ ـ وهي على ضربين : شركة املاك وشركة عقود .

ما يصح فيه الشركة وما لا يصح

٣٣٢٠ ـ فالشركة تثبت في الملك بالميراث والوصايا والوقوف والهبات والغنيمة
وتصح في الاعيان والمنافع
٣٣٢١ ـ ولا تصح في استباحة البضع في النكاح ولا في ملك اليمين (١)

فصل
أنواع شركة العقود

٣٣٢٢ ـ وشركة العقود على ضربين :
١ ـ منها ما يصح بفعلها وهي الشركة في البيع والاجارة
٢ ـ ومنها ما يشتركان عليه فيما يبيعان ويشتريان وهي على اربعة اضرب :
٣٣٢٣ ـ شركة مفاوضة (٢) : وهي التي يعتبر في صحتها التساوي في المال

---

(١) اي ان الشركة في هذه الامور تعد باطلة لمخالفتها لاحكام الشرع الآمره والناهية وبعبارة الفقه الوضعي الحديث لمخالفتها للنظام العام والاداب .

(٢) هي ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات (بداية المجتهد ٢/ ٢١٠) .

والصفات ، ولا تصح بين مسلم وذمي ، ولاحر وعبد ولا كبير وصغير ، ولا يجوز ان يبقى لاحدهما من المال الناض (١) مالا يدخل في الشركة ،

٣٣٢٤ ـ ومتى زاد مال احدهما على الآخر فسدت الشركة وهذا قول اصحابنا

٣٣٢٥ ـ وقال ابن ابي ليلى: ما يرثه احدهما او يوهب له او يحصل بسبب من الاسباب فهو لهما ايضاً (٢)

---

(١) في النسختين النض .

(٢) الظاهر مما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان المفاوضة ترجع الى عرف جاهلي قديم هو التآخي بين شريكين بتوحيد ذمتها المالية ، وقد كان نظام التآخي يقوم على اساس من اندماج عام في الذمه والمسؤولية وكانت صيغته دمي دمك وهدمي هدمك ، وترثني وارثك ، وحيث ان هذه الصورة من صور الشركات ترجع الى اعراف بدائيه في مجتمع قبلي يقوم على العصبيه وسلطة ارباب الأسر فقد استنكر هذه الشركة الشافعي وذهب الى أنها باطلة لأنها تتنافي مع ما تقرر في الشرع الاسلامي من استقلال الذمم ومن المسؤوليه الفرديه في الاموال وعن الافعال . وقد جاء في بداية المجتهد (٢/ ٢١٠) «واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وابو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا في بعض شروطها ، وقال الشافعي لا تجوز . وجاء في كتاب الافصاح لابن هبيره (١/ ٢٥٧) » واختلفوا في شركة المفاوضه وشركة الوجوه وشركة الابدان، فقال ابو حنيفة تصح كلها ، وقال احمد كلها ، صحيحة الا شركة المفاوضه فانها باطلة .

٣٣٢٦ - وقال الشافعي : ان لم تكن شركة المفاوضه باطلة فليس في الدنيا عقد باطل (١)

تكييف شركة المفاوضة

٣٣٢٧ - وهي عقد يتضمن الوكالة والكفالة من كل واحد منهما لصاحبه ، لأن تصرف الغير لا يجوز على غيره الا باذنه او ولاثه عليه . وإذا لم يكن ولياً فهو وكيل وكفيل (٢)

٣٣٢٨ - ويكون كل ما يشتريه احدهما لهما وما يلزمه من العقود عليهما ، وما تلف بالغصب والاستهلاك عليهما عند ابي حنيفة

٣٣٢٩ - وقال ابو يوسف يلزم المستهلك خاصة لأنه ليس من الشركة

٣٣٣٠ - وابو حنيفة يقول يصح ضمانه فدخل في الشركة

٣٣٣١ - وما تكفل احدهما من مال لزم صاحبه عند ابي حنيفة

٣٣٣٢ - وقال ابو يوسف يلزم الكفيل وحده

٣٣٣٣ - وما يشتريه احدهما من الطعام لنفسه القياس ان يكون لهما ، والاستحسان انيكون لمن اشتراه لأنه يحتاج اليه فهو كالكسوة والزوجة

---

(١) علل ابن رشد قول الشافعي ببطلان شركة المفاوضه بالغرر فاذا « اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك هو الغرر ، ومما لا يجوز » (بداية المجتهد٢/ ٢١٠) .

(٢) « واما مالك فيري ان كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقى في يده (بداية المجتهد ٢/ ٢١٠)

يكون له والقياس انه يصح ان يشتري للشركة فكان يجب دخوله فيها .

٣٣٢٤ - وقد روى عن ابي يوسف انها تصح بين المسلم و الذمى

٣٣٢٥ - لأن الخمر مستثناة في حق اهل الذمه

فصل

شركة العنان

٣٣٢٦ - والضرب الثاني شركة العنان

وهي شركة أخص من الاولى

٣٣٣٧ - وقال مالك لا اعرف العنان

٣٣٣٨ - وتجوز عندنا مع تساوي الصفة واختلاف الصفة في العاقد والمعقود عليه من المال .

٣٣٣٩ - وتصح من المسلم والذمى والحر والعبد والصبي والبالغ

٣٣٤٠ - ويجوز ان يبقى لشريكه من المال الناض ما يفضل عن الشركة

٣٣٤١ - وتجوز مع خلط المال وغير خلطه (١)

---

(١) خلط المال معناه ان الشركة يكون لها جرثومة ذمة

فصـــــل

ما يكره من شركة العنان

٣٣٤٢ ـ ويكره شركة المسلم للذمى لقول ابن عباس لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً

٣٣٤٣ ـ قال ابو حمزة : قلت لم ؟ قال لأنهم يربون ، والربا لايحل

فصـــــل

ما تصح به الشركة

٣٣٤٤ ـ ولا تصح الشركة الا على الدراهم والدنانير ولا تصح على العروض

٣٣٤٥ ـ قال ابن ابي ليلى : تصح على العروض ايضاً

٣٣٤٦ ـ واختلفت الرواية في الفلوس اذ كانت نافقه : فهي في رواية مثـــل العين الذهب والفضة وفي الاخرى كالعروض لأن الدراهم والدنانير بها تعرف القيمه ويقوم المستهلك

فصـــــل

حكم ما له مثل من العروض

٣٣٤٧ ـ واما العروض فعلى ضربين : منها ماله مثل وهو المكيل والموزون ، فاذا اشتركا على ذلك وخلطاه جاز ذلك

٣٣٤٨ ـ وروى عن ابي يوسف انه لا يجوز

٣٣٤٩ ـ ولاصحاب الشافعي وجهان في جواز ذلك لأنهـا من ذوات الامثال كالذهب والفضه والثاني انها من غير جنس الاثمان كالعروض

فصل

ما لا مثل له من العروض

٣٣٥٠ ـ والضرب الثاني ما لا مثل له كالحيوان والثياب ، وما له قيمة لا لا تجوز الشركة عليه لأن القيمة تزيد وتنقص فلا يؤمن أن يأخذ احدهما ما لصاحبه

فصل

الخلط

٣٣٥١ ـ والخلط غير شرط في صحة الشركة في الاثمان عندنا

٣٣٥٢ ـ وقال الشافعي هو شرط.

فصل

شرط وحدة جنس المالين

٣٣٥٣ ـ واعتبر الشافعي في صحة العنان ان يكون مال احدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال احدهما دنانير والآخر دراهم او مال احدهما صحاحاً والآخر قراضة ، او مال احدهما من سكة ومال الآخر من سكة اخرى لم تصح الشركة.

فصل

التفاضل في الربح أو المال

٣٣٥٤ ـ ولا تصح الشركه عنده مع التساوي في المال ، والتفاضل في الربح ولا التفاضل في المال والتساوي في الربح

٣٣٥٥ ـ وهو قول زفر

٣٣٥٦ ـ وقال اصحابنا تجوز في هذه الوجوه كلها اذا تساوت القيمة في النقود المختلفة

فصل

الربح والوضيعة

٣٣٥٧ ـ وقالوا : يكون الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر رأس المال

٣٣٥٨ ـ وقال الشافعي الجميع على قدر رأس المال

فصل

الوكالة دون الكفالة

٣٣٥٩ ـ وهي معقودة عندنا على الوكالة دون الكفاله لأنها لا تقتضي التساوي

فصل

مأخذ التسمية

٣٣٦٠ ـ وهي مأخودة من عنان الدابة وبهذا فارقت المفاوضة

قول علي في الربح والوضيعة

٣٣٦١ ـ وروى عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال :
الربح على ما شرطاه والوضيعة على رأس المال

٣٣٦٢ ـ ولأن ما جاز ان يستحق به الربح في المضاربة جاز ان يستحق به في الشركة كالمال ، ولأن الوكالة تجوز على هذا الوجه فجازت الشركة

ولأنها مالان كأنها ربع العشر في جميع الاحوال كالجنس الواحد والصفة الواحدة . وكونها لا يختلطان لم يمنع ان يكونا من جنس الاثمان ، وبهذا فارق العروض

فصل

تفاضل المالين

٣٣٦٣ ـ واختلف اصحاب الشافعي هل تجوز مع تفاضل المالين في القدر ؟
على وجهين
منهم من قال تصح
ومنهم من منع ذلك

٣٣٦٤ ـ والصحيح قالوا هو الاول ،وهو قولنا لأنالمقصود بالشركة حاصل مع التفاضل في القدر .

فصل

هلاك المالين أو أحدهما

٣٣٦٥ ـ واذا هلك المالان قبل الخلط او احدهما بطلت الشركة (١) لأنه معقود عليه وقد فات كالمبيع اذا نلف في يد البائع

فصل

ما اشترياه على الشركة

٣٣٦٦ ـ وان اشتريالو احدهما شيئاً قبل الهلاك على الشركة فهو بينهما ويلزمها

---

(١) لم يذكر حكم هلاك المالين بعد الخلط وقد ورد ذلك في تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي

الثمن بالحصص لأنها اشتريا على الشركة وثبت الثمن عليهما جميعاً (١).

فصل

ما لكل شريك من التصرفات

٣٣٦٧ ـ ولكل واحد ان يتصرف في المال بغير اذن الآخر ، وقال الشافعي ليس له ذلك

٣٣٦٨ ـ لأن هذا مقتضى الشركة وعادة التجار ، فحمل الأمر عليه

فصل

السفر بالمال وإيداعه

٣٣٦٩ ـ ويسافر بالمال ، ويودعه لمن أحب لأن هذا هو العادة

فصل

دفع مال شركة العنان مضاربة

٣٣٧٠ ـ وهل له ان يدفع ذلك مضاربة الى غيره ؟

قال في الأصل (٢) عن ابي حنيفة يجوز ذلك ، وقال الحسن عنه لا

---

(١) هنا ايضاً تظهر فكرة اعتبار الشركة شيئاً مستقلا عن ذمم الشركاء، فمع ان الشركة عدت باطلة الا ان العقد الذي عقد لزم الشركاء لانها قبل البطلان كانت جرثومه ذمة . وتبدو دقة عبارته ومدى دلالتها على ما نقوله في قوله « لأنها اشتريا على الشركة » .

(٢) كتاب الاصل لمحمد بن الحسن الشيباني

يجوز بغير اذن شريكه لأن هذا شركة لغيرهما ، والصحيح هو الاول لأن له ان يستأجر من يعمل في المال بأجرة

فصـــــل

شركة الأبدان والضائع

٣٣٧١ ـ والضرب الثالث من الشركة شركة الابدان والصنائع

٣٣٧٢ ـ فهي جائزة عندنا اتفقت الصفة ام اختلفت

٣٣٧٣ ـ وقال زفر : ان اشتركا في عمل واحـد جاز ، وان كان عملهما مختلفاً لم يجز كالخياط والقصار والحداد والاسكاف

٣٣٧٤ ـ وقال الشافعي لا تجوز شركة الابدان بحال

٣٣٧٥ ـ لقوله عليه السـلام : « المسلمون عند شروطهم » ولأنهـا (١) شركة يتعاقدها الناس فصارت كالعنان

٣٣٧٦ ـ وقال الشافعي : اذا عملا وكسبا اخذ كل واحد اجرة عمله لأنـه بذل عمله فاختص بها

٣٣٧٧ ـ وقال في شركة المفاوضة : يأخذ كل واحد منهما ربح ماله واجـرة عمله ، وكل واحد منهما يضمن ما غصبه واشتراه دون صاحبه

فصـــــل

شركة الوجوه

٣٣٧٨ ـ والضرب الرابع من الشركة شركة الوجوه ، وهي ان يعقدا الشركة

---

(١) في نسخة المعهد(لا) رهو غلط كما هـو ظاهر من ضبط الكلمه في نسخة قليج ومن سياق الكلام

على ان يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجـهه ، فهذه شركة جائزة عندنا

٣٣٧٩ ـ وقال الشافعي باطلة

فصـــل

انعقادها على الوكالة

٣٣٨٠ ـ وهي منعقدة على الوكالة فيما يشتريه كل واحد منهما لصـاحبه وله ، لأنها نوع شركة يتعامل عليها الناس كالعنان

٣٣٨١ ـ وقول من قال ان الشركة تبطل اذا هلك المال ، فاذا عقدها مع عدم المال كان العقد باطلا لا يصح ، لأن الرجل لو وكل رجلا بأن يشتري له متاعاً بمال معين فهلك بطلت الوكالة ، ولو وكله بشراء في الذمـه صحت الوكالة فكذلك ههنا رضي باثبات المال في ذمته

فصـــل

مأخذ التسمية

٣٣٨٢ ـ وانما سميت وجـوه لأنه لا يشتري بالنسيئة الا من له قول صـحيح ووجه بين الناس

فصـــل

توزيع الربح

٣٣٨٣ ـ ويكون الربح بينهما على قدر ما دخـل في ضمان كل واحد منهما لأن الربح يستحق اما بالمال او العمل او الضـمان ، فالمال مجمع عليـه في شركة العنان ، والعمل في المضاربة ، والضمان فقد دل عليه الشـرع لما نهى عن ربح مالم يضمن وهذا قد ضمن

فصـــــل

الاحتطاب والاحتشاش إلخ

٣٣٨٤ ـ ولا تجوز الشركة على الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لأن ذلك مباح لا يملك ، وانما يملك بالحيازة (١) فمن أخذه ملكه ولهذا لو وكل رجلا بأن يصـــطاد له لم يصح وكان ما يأخذه لنفســـه ، ولكل واحد منهما ما أخذه من الصيد والحطب والحشيش

فصـــــل

احتش أحدهما وأعانه الآخر

٣٣٨٥ ـ روان احتش احدهما واعانه الآخر فهو كله للذي احتش وللآخـــر أجر مثله لا يجاوز به أجر ما سمى في قول أبي يوسف

٣٣٨٦ ـ وقال محمد أجر مثله بالغا ما بلغ

فصـــــل

مسألة البغل والراوية

٣٣٨٧ ـ واذا كان لرجل بغل ولآخر راوية (٢) فاشتركا على ان يسقي الماء ويكون الكسب بينهما لم تصح الشركة ، ويكون الكسب كله للســـقاء وعليه اجرة الراوية ان كان البغل له ، وان كانت الراوية له فاجـــرة البغـــل عليـــه .

---

(١) في عصرنا ينبغي ان تجوز الشركة على الاصطياد في البحار سفن خاصة لان ذلك يستلزم الشركةفي العمل ورأس المال ولان العرف جرى به .

(٢) الراوية هي القربة

٣٣٨٨ ـ لأنها شركة على مباح فلم تصح كالعبيد

٣٣٨٩ ـ وقال اصحاب الشافعي :

واذا اخذ رجل من رجل جملا ومن آخر راوية على ان يسقي المـــاء ويكون للكســـب بينهم فقد قال الشافعي في موضع يجوز ، وقال في موضع آخر لا يجوز، فمن اصحابه من قال ان كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له ويرجع عليه صاحب الحمل والراوية باجرة المثل ، وان كان الماء مباحاً فالكسب بينهم اثلاثاً ، لأنه استقى الماء على ان يكون بينهم فكان الكسب بينهم

٣٣٩٠ ـ ومنهم من قال : ان كان الماء مملوكاً للســقاء كان الكســب له ويرجعان عليه بالاجرة ، وان كان مباحاً ففيه قولان :

احدهما يكون بينهم اثلاثاً لأنه اخذه على ان يكون بينهم فدخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً منهم باذنهم ، والثاني ان الكسب للسقاء لأنه مباح اختص بحيازته ويرجعان عليه بأجر المثل لأنهما لم يبذلا منفعـــة الجمل والراوية فرجعا باجرة المثل

فصـــــل

الشركة بين صاحب جمل وصاحب بغل

٣٣٩١ ـ وقد قال اصحابنا : لو ان رجلا له جمل ولآخر بغل فاشتركا على ان يحملا عليهما المتاع، ويكون الكسب بينهما نصفين فالشركة فاسدة ، وما عمل كل واحد منهما لنفسه ، وان اختلط قسم على قدر اجرة كل واحد منهما مثل المبيعين المختلفين يقسم الثمن عليهما

فصـــــل

٣٣٩٢ ـ ولو تقبلا الحمل وحملا على الجمل والبغل قسم الأجـر بينهما نصفين لانهما ضمنا ذلك بالسواء

فصـــــل

مشاركة المرتد

٣٢٩٣ ـ وايهـــما مات بطلت الشـــركة ، وكذلك اذا ارتد احدهما ولحـــق بالدار (١) ، لأن أمره قد بطل فبطلت الشركة

فصـــــل

تصرف المرتد

٣٢٩٤ ـ وهذا قول ابي حنيفه لأن تصرف المرتد موقوف عنده

٣٢٩٥ ـ وعندابي يوسف تصرفه تصرف الصحيح ،وعند محمد تصرف المريض

٣٢٩٦ ـ ولو كان مكان الرجل امـــرأة فتصرفها جـــائز لأنها لا تقتـــل بالردة عندهم جميعاً

فصـــــل

الشريك أمين

٢٢٩٧ ـ والشريك امين فيما في يـده ، فان هلك المال من غيره فعله فلا ضمان عليه لأنه أمين في الحفظ والتصرف ، وكاد الهالك في يده كالهالك في يد شريكه كالمودع

فصـــــل

القول قول من في ادعاء الهلاك

٢٢٩٨ ـ وان ادعى الهلاك فالقول قوله لانه إمين كالمودع

---

(١) اي بدار الحرب

٣٣٩٩ ـ وقال الشافعي :

ان كان بسـبب ظاهر فالقول قوله بغير بينة في السبب ، فاذا اقـام البينة بالسبب فالقول قوله في الهلاك

٣٤٠٠ ـ وان كان بسبب غير ظاهر فالقـول قوله مع يمينه ، لأنه يتعـذر اقامة البنية على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه

فصـــل

ادعاء الخيانة

٣٤٠١ ـ واذا ادعى احدهما على آخر خيانة فانكر شريكه فالقول قوله لأن لأن الأصل عدم الخيانة .

فصـــل

قرينة اليد

٣٤٠٢ ـ وان كان في يده عين فادعى شريكه بان ذلك مـن مال الشـركة ، وادعى هو انه له فالقول قوله مع يمينه لان من في يده شيء فالظاهر انه له(١) .

فصـــل

القول لمن فيما اشتراه الشريك

٣٤٠٣ ـ وان اشـترى شيئاً فيه ربح وادعى الشريك انه اشتراه للشـركة ،

(١) هذه القاعدة الى التي صاغهاالفقه الاسلامي ادق من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في القوانين المدنية الوضعية لانها اشمل وابعد عن التماس المخرج بافتراض السند .

وقال الذي في يديه : انما اشتريته لنفسي او اشترى شيئا فيه خسارة فادعى الشريك انه اشتراه لنفسه وقال هو انما اشتريته للشـــركه فالقول قوله مع يمينه لأنه اعترف بعقده ونيته .

فصـــــل

الشركة عقد غير لازم

٣٤٠٤ ـ والشركة عقــد جائز غير لازم وايهما فسخ الشــركة انفسخ بينهما جميعاً .

فصـــــل

اشترى جارية للوطء بإذن

٣٤٠٥ ـ واذا اشترى احد المتفاوضين جارية لوطئها باذن شريكه جاز ، واذا ادى الثمن من مال الشركة يكون شريكه متطوعاً في نصيبه ولا يرجع بشيء عليه فى قول ابي حنيفة ، وعندهما لشريكه ان يرجع عليه بنصف الثمن، ويكون اذن الشريك على وجه القرض

فصـــــل

رجوعه بنصف ثمن الطعام

٣٤٠٦ ـ وانفقوا انه يرجع في الطعـــام إذا اشتراه لعياله بنصف الثمن ، ذكره في الجامع الصغير .

فصــــل

تأخير الدين

٣٤٠٧ - والدين اذا كان لمتفاوضين فأخر احدهما الدين تأخر في حقه وحق شريكه سواء اقال له اعمل برأيك او لم يقل ، وفي شركة العنان اذا أخر ان قال احدهما لصاحبه اعمل برأيك فهو مثل المفاوضة يجوز تأخيره في الكل ، وان لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل فيه برأيك فاذا كان هـو الذي تولى العقد جاز تأخيره في الكل ، وان كان صاحبه تولى العقـد أو كلاهما لم يجـز تأخيره في نصيبه ولا نصيب شريكه عنـد ابي حنيفة وعنـد محمد يجـوز في نصيبه ولا يجـوز في نصيب شريكه ويضمن حصــة شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز في قول أبي يوسف ، وهو مثل اختلاف الوكيل اذا حط أو ابرأه او أخره .

٣٤٠٨ - ولو كان تولى العقد احدهما او كلاهما فان في قول أبي حنيفة لا يجوز في شيء وفي قولها يجوز في نصيبه خاصة .

فصــــل

الآثار المروية في المضاربة

٣٤٠٩ - ومسائل الشـركة كثيرة وفيها كل عجب واذ قـد ذكرنا شركة المال من الطرفين وجب ذكر شركه المال من احدهما .

كتاب المضاربة

وهذا كتاب المضاربة

المضاربة والقراض

٣٤١٠ ـ ترجم اصحابنا هذا الكتاب بالمضاربة وقال اهل الحجاز يترجم بالقراض ، والضرب مشتق من الضرب في الأرض .

فصل

الآثار الواردة في المضاربة

٣٤١١ ـ وقد روى عن عائشة رحمها الله أنها دفعت مال ايتام عندها مضاربة

٣٤١٢ ـ وكان العباس رحمه الله اذا دفع الى رجل مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسافر به في بر ولا بحر ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، وان فعل شيئاً من ذلك ضمن فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فاجازه (١) .

---

(١) هذا مثال لتعامل العرب في الجاهلية في التجارة وما كانوا يشترطونه من شروط في عقد المضاربة وقد كان اقتران العقد بالشرط جائزاً في اعرافهم فقد جاء في كتاب انساب الاشراف للبلاذرى (قول الافعى الجرمي) احد محكمي العرب في الجاهلية «الشرط املك» وكان قوله هذا بصدد عقد زواج اقترن باكثر من شرط

فصـــــل

أحكام المضاربة

٣٤١٣ ـ وعقد المضاربة له احكام : فقبل التصرف فيه يكون المـــال امانة كالوديعة لأنه قبض باذن صاحبه لا على وجـه التمليك والوثيقة .

فصـــــل

٣٤١٤ ـ واذا اشترى به فهو وكالة لأنه تصرف في مال غيره بأذنه واذا ربح صار شريكاً لأنه ملك جزءاً من المال

فصـــــل

المضاربة الفاسدة

٣٤١٥ ـ واذا فســـد العقد صار اجارة لأن الواجب اجر المثل وهذا يجب في الاجارة .

فصـــــل

مخالفة العامل

٣٤١٦ ـ واذا خالف صار غاصباً لأنه يتصرف في مال غيره بغير اذنه

فصـــــل

عقد على مال وعمل

٣٤١٧ ـ وهي عقد على مال من أحد الجانبين وعلى عمل من الجانب الآخر، وبهذا خالفت الشركة

فصــــل

شرط الربح

٣٤١٨ ـ ولا بد من شرط الربح فيها ، لأنه ان شرط الربح لرب المـال كان ذلك بضاعة وان شرط للعامل كان قرضاً

٣٤١٩ ـ وقال الشـافعي يكون مضـاربة فاسـدة ، فالتمليك ينعقـد به البيع والهبة

فصــــل

في العروض

٣٤٢٠ ـ ولا تنعقد على العروض

٣٤٢١ ـ وبه قال الشافعي

٣٤٢٢ ـ وقال ابن ابي ليلى تنعقد

٣٤٢٣ ـ لأن القيمـة مختلفة فيؤدي الى أخـذ جزء من رأس المـال ونصيب العامل

فصــــل

مال معلوم

٣٤٢٤ ـ ولا تجوز الا على مال معلوم الوزن والقدر والصفة .

٣٤٢٥ ـ فأن قارضه على دراهم جزفاً لم يصح لأنه يقتضي رد رأس المـال فاذا كان مجهولا لا يدرى ما يرد فبطل العقد

فصـــــل

دفع إليه كيسين أحدهما مضاربة والآخر وديعة

٣٤٢٦ ـ واختلف فيه اذا دفع اليه كيسين في كل واحد الف درهم فقال اعمل باحدهما مضاربة والآخر وديعة عندك .

فمنهم من قال يصح لأنهما متساويان معلومان ، ومنهم من قال لا يصح لأنه لم يبين مال المضاربة من الوديعة

فصـــــل

المضاربة في مال الوديعة

٣٤٢٧ ـ وإذا كان عند رجل وديعة فقال له المالك اعمل بها مضاربة جاز لأن المال بيده معلوم العدد والصفة .

فصـــــل

المضاربة في المغصوب

٣٤٢٨ ـ وان كانت الالف مغصوبه عنده فنهم من قال تصح المضاربة كالوديعة ، ومنهم من قال لا تصح لأنه مقبوض قبض ضمان فلا يصير مقبوضاً قبض أمانه ، والاول عندنا اصح

فصـــــل

على جزء من الربح معلوم

٣٤٢٩ ـ ولا تصح الا على جزء من الربح معلوم ، فأن كان غير معلوم لم تصح لأنه يقع على القليل والكثير

فصـــل

عند عدم اشتراط الربح

٢٤٣٠ ـ واذا لم يشترط الربح لم يكن العقد مضاربة بل بضاعة او قرضاً .

فصـــل

بالدراهم المغشوشة

٣٤٣١ ـ وتصح بالدراهم المغشوشه لأن التعامل يصح بها كالجياد

٣٤٣٢ ـ وقال الشافعي لا تصح لأنها مغشوشة كما لو كان الغش اكثر

فصـــل

المضاربة بثمن الثوب

٣٤٣٣ ـ وان اعطاه ثوباً وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز

٣٤٣٤ ـ وقال الشافعي لا يجوز

٣٤٣٥ ـ لأنه وكله ببيع الثوب وان يشتري بثمنه غيره فجاز كالوكيل

فصـــل

شيوع الربح

٣٤٣٦ ـ ولا يجوز حتى يكون الربح بينهما مشاعاً فان سمي لاحـدهما دراهم مسماة لم يجز ، لأنه يجوز ان لا يربح غير ذلك فيؤدي الى ان ينفرد احدهما بالربح كله

فصــــل

الشروط الفاسدة

٣٤٣٧ ـ والشروط الفاسدة التي تؤدي الى جهالة الربح تفسد المضاربة ، لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب الفساد

فصــــل

شرط الوضيعة

٣٤٣٨ ـ وما لا يؤدي الى جهاله الربح كشرط الوضيعة ان يكون عليها لا يمنع الصحة ويكون على رب المال ، لأن من شرط الوضيعة ان يكون على رب المال فلا تلزم غيره

فصــــل

استحقاق العامل الربح

٣٤٣٩ ـ ولا يستحق العامل الربح الا بالشرط لأن رب المال يستحق الربح لأنه نماء ماله ،فلا يفتقر الى شرط ، ولهذا اذا فسدت كان جميع الربح لـه

٣٤٤٠ ـ والمضارب لا يستحق الا في مقابلة عمله ، وذلك لا يتقوم الا بالعقد

فصــــل

مقدار حصة العامل

٣٤٤١ ـ واي جزء شرط للعامل من النصف والثلث وما زاد ونقص جاز

لأنه يستحقه بالشرط ، فلا فرق بين القليل والكثير

فصــــل

الربح بيننا

٣٤٤٢ ـ وان قال رب المال على ان يكون الربـــح بيننا : فمنهم من قال لا يصح لأنه مجهول لأنه يقع على التساوي والتفاضل ، ومنهم من قال يصح ، وهو الصـحيح لأن الاضافه تقتضي التساوي كما لو (قال) هذه الدار لزيد ولعمرو

فصــــل

لي نصف الربح

٣٤٤٣ ـ ولو قال عـــلى ان لي نصف الربح ، اعني رب المال ، فالقياس ان لا يصـــح لأنه ذكر حقه وســـكت عن الباقي ، وهو يسـتحقه مع السكوت فلم يصح، والاسـتحسان ان يصـح ويكون بينهما نصفين ، لأن الربح بينهما

٣٤٤٤ ـ فاذا ذكر نصيب نفسه حمل الباقي على انه للشريك كما قال تعـالى: « وورثه ابواه فلامه الثلث » دل على ان الباقي للاب .

٣٤٤٥ ـ ولاصحاب الشافعي وجهان : احـجها انه لا يصح لأن الربح كله لرب المال ، ولم يذكر العامل

فصــــل

لك النصف

٣٤٤٦ ـ وان قال على ان لك النصف صح عندنا لأن مال رب المال لا يحتاج الى شرط ، وانما يحتاج العامل الى ذلك ، والباقي يبقى على رب المال ، وهذا هو الصحيح عند اصحاب الشافعي

٣٤٤٧ ـ ومنهم من قال لا يصح لأنه لم يبين ما لرب المال

فصــــل

لك النصف ولي الثلث

٣٤٤٨ ـ وعلى هذا الأصل لو قال : لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس كان لرب المال لأنه ثبت الجميع له مع السكوت

فصــــل

فضل الله بيننا

٣٤٤٩ ـ ولو دفع المال وقال :

اشتر به فما كان من فضل الله فهو بيننا ، فأن ذلك مضاربة استحساناً ، لأن الفضل لا يحصل الا بالبيع ، والقياس ان لا يكون مضاربة لأنه لم يذكر البيع والشراء

فصــــل

تسلم مال المضاربة

٣٤٥٠ ـ ولابد من تسليم المال الى المضارب ، وزوال يد رب المال عنه ، لأنه

أمانة فلا يتم بدير قبض كالوديعة ، وبهذا فارقت الشركة

فصـــــل

المضاربة المطلقة والمقيدة

٣٤٥١ ـ وتجوز المضاربة مطلقة ومقيدة بمـدة معينة

٣٤٥٢ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال :
لا تجوز بشـــرط المدة فيه لأنه تجوز مطلقاً فلا تجوز موقتاً كالنكاح والبيـع .

٣٤٥٣ ـ ومنهم من قال انه عقد الي مدة على ان لا بيع بعدها لم يصـــح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، وان عقدها على مدة على ان لا يشتري بعدها صح ، لأنه يملك البيع بعدها

فصـــــل

التعميم والتخصيص في المضاربة

٣٤٥٤ ـ ويجوز عندنا ان يعم بها سائر التجارات وسائر الاشخاص، ويجوز ان يخصها بنوع دون نوع ، وان يشتري من رجل بعينه ، وبأن لا يبيع الا في سوق بعينه

٣٤٥٥ ـ وقال الشافعي لا تصح الا على التجارة من جنس يعم ، كالثيـــاب والطعام والفاكهه في وقتها ، فأن عقدها على ما لا يعم كالياقـــوت الاحمر والخيل البلق ، والتجارة في سلعة بعينها لم يصح

٣٤٥٦ ـ لأن الوكالة تصح على هذا الوجه فكذلك المضاربة كما لو عمم

فصـــــل

ما يتولاه العامل

٣٤٥٧ ـ وعلى العامل ان يتولى ما جرت العادة به كالنشر والطى والايجاب والقبول ووزن الثمن وما خف كالعود والمسك لان العادة جرت بذلك بين التجار

فصـــــل

التقاضي

٣٤٥٨ ـ وان سرق المال منه او غصب فله ان يخاصم فيه الغاصب والسارق لأن التجارة تقتضي حفظ المال

٣٤٥٩ ـ وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي

ومنهم من قال ليس له الخصومة لأنها معقودة على التجارة فـــلا تدخل فيها الخصومه

فصـــــل

دفع المضارب المال مضاربة

٣٤٦٠ ـ وليس له ان يدفع المال مضاربة الا ان يقول له اعمل برأيك ، فان فعل ضمن وهو قول الشافعي وقولنا

فصـــــل

الخلاف في كتاب المضاربة

٣٤٦١ ـ والخلاف في كتاب المضاربة عند اصحابنا يتفرع على اربع مسائل

٣٤٦٢ ـ احدها ان رجلا لو دفع الى آخر مضاربة بالنصف ثم زاده سدس الربح فان كان ذلك قبل القسمة جازت الزيادة والحط في قولهم جميعا ، وان كان بعد القسمة تجوز الزيادة والحط في قول الى يوسف .

وعند محمد يجوز الحط ولا تجوز الزيادة .

فصل

حساب الهالك من الربح

٣٤٦٣ ـ والثانية ان يدفع الفاً مضاربة فعمل بها من ربح الفاً ، ثم دفع اليه الفاً اخرى بالثلث وأمره ان يعمل فيها برأيه ، فخلط خمسمائة من الألف الثاني بالاول فصارت الفين وخمسمائة ، فهلك من الجملة الف فابو يوسف يجعل الهالك كله من الربح ، ويقال هو قول ابي حنيفة .

٣٤٦٤ ـ وقال محمد يهلك من المالين جميعا اربعة اخماسه من الاول وخمسه من الباقي قياسا على ماقالوا في كتاب الايمان اذا اطعم عشرة مساكين صاعا جاز في قول محمد ويجعل بمنزلة كفارتين مختلفتين ، وابو حنيفة وابو يوسف يجعلان ذلك بمنزلة كفارة واحدة .

فصل

٣٤٦٥ ـ والثالثة اذا استأجر اجيراً ثم دفع الى الاجير الف درهم مضاربة في قول محمد جازت المضاربة والربح على ما شرطاه ، ويرجع الآخر بمقدار ما عمل من المضاربة .

فصـــــل

٣٤٦٦ - والرابعة ان رجلا لو دفع الى رجـل الفاً مضاربة ، فاشترى بالالف ثيابا ثم استقرض مائة درهم ثم اكترى بها بغالا تحمل الثياب ، ثم اراد ان يبيعها مرابحة قال في الكتاب يبيعها مرابحة على الف ومائة ، وحصـــة الهالك للمضـارب ، وقيل هو قول ابي حـنيفة ، وعندهما لا يبيـع الا بالف والمضارب متطوع

فصـــــل

اشترى من يعتق عليه

٣٤٦٧ - واذا اشترى المضـــارب من يعتق عليه صح الشراء ، واذا ظهر في المال ربح عتق عليه .

ومن اصحاب الشافعي من قال لا يصح الشـــراء ولا يعتق لانـــه لا يملك بظهور الربح في احد القولين .

فصـــــل

اشترى زوج المرأة

٣٤٦٨ - ولو اشترى زوج المرأة صح الشـــراء وبطل النكاح وقال الشافعي لا يصح الشراء لانه يضر رب المال .

وكذلك المأذون اذا اشترى الى مولاه جاز ، وعتق عليه ان لم يكن عليه دين خلافه لا يصح

فصـــــل

ضياع المال في المضاربة الفاسدة

٣٤٦٩ ـ وحكى الطحاوى في المختصر(١) ان المال اذا ضاع في المضـــاربة الفاسده فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ، وقالا عليه الضمان .

٣٤٧٠ ـ لانه قبض على وجه الامانة

فصـــــل

السفر بمال المضاربة

٣٤٧١ ـ وقال في المختصر ايضاً

وللعامل ان يسافر بمال المضـــاربة حيث شاء من بر وبحر رواه محمد عن ابي يوسف عن أبي حنيفة(٢) .

٣٤٧٢ ـ وروى اصحـــاب الامـــالي عن ابي يوسف عنه ، انـه ليس له ان يسافر به .

---

(١) عبارة الطحـاوى في مختصـــره (ص ١٢٥) هي : والمضـارب في المضاربة الفاسدة كالاجير فيها ، وان ضاع منه المال وهو على ذلك، ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ، وبه نأخذ ، وعليه الضمـان في قول ابي يوسف ومحمد .

(٢) وفي المختصر المذكور بعد ما تقدم : « قال : وهو قـول ابي يوسف وقولنا ، وبه نأخذ .

٣٤٧٣ ـ وقال ابو يوسف من رأيه(١) له ان يسافر به نحو(٢) قطربل(٣) من بغداد .

٣٤٧٤ ـ واذا خالف وضمن وربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة .

---

(١) الضمير يعود الى ابي حنيفة

(٢) في عبارة مختصر الطحاوى (ص ١٢٥) « وقال ابو يوسف من رأيه ان يسافر به الى الموضع الذي يقدر على الرجوع منه الى أهله فيبيت فيهم كنحو قطربل من بغداد .

(٣) جاء في معجم البلدان لياقوت الحموي (مجلد ٤ ص ٣٧١) ان « قطربل (بالضم ثم السكون ثم فتح الراء وباء موحده مشددة مضمومة ولام ، وقد روى بفتح اوله وطائه ، واما الباء فمشددة مضمومة في الروايتين) وهي كلمة اعجمية اسم قرية بين بغداد وعكبرا » . وعلق صفي الدين عبدالمؤمن بن عبدالخالق البغدادي مصنف كتاب مراصد الاطلاع على اسماء الاماكن والبقاع وهو مختصر معجم البلدان لياقوت (ص ١١٠٦) بقوله :

« قلت : بين بغداد والمرزفة ، لأن عكبرا من الجانب الشرقي وهي في الغربي وبينهما فراسخ ، وجاء في المرجع الاول ان قطربل « ينسب اليها الخمر ، وما زالت منتزها للبطالين وحانة للخمارين ، وقد اكثر الشعراء من ذكرها ، وقيل هو اسم لطسوج من طساسيج بغداد ، اي كورة ، فما كان من شرقي الصراة فهو بادوريا وما كان من غربيها فهو قطربل ... ومقابل مدينة آمد بديار بكر قرية يقال لها قطربل ، تباع فيها الخمر ايضاً » .

٣٤٧٥ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يتصدق به لأنه يضمنه .

فصـــــل

أجر مثل العامل في المضاربة الفاسدة

٣٤٧٦ ـ وللعامل في المضاربة الفاسدة أجر مثله وان لم يربح ، ومنهم من قال لا شيء له اذا لم ربح ، لأن عمله مشروط في الربح .

فصـــــل

نفقة العامل في المضاربة إذا سافر بها

٣٤٧٧ ـ واذا اذن له في السـفر عند الشافعي او بغير اذن عندنا في روايـــة الجواز ، فنفقته في مال المضاربة عندنا

٣٤٧٨ ـ وللشافعي قولان احدهما مثل قولنا والثاني لا نفقة له

٣٤٧٩ ـ وفي كيفية النفقة وجهان :

احدهما جميع النفقة

والثاني ما زاد على نفقة الاقامة لأن ذلك لزمه لأجل السفر

فصـــــل

اختلافهما في التلف والخيانة

٣٤٨٠ ـ واذا اختلفا في تلـف المال او الخيانة فالقول قول العامل لأنه أمين فكان القول قوله .

فصـــــل

اختلافهما في رد المال

٣٤٨١ ـ واذا اختلفا في رد المال فادعا العامل الرد وانكره رب المال فالقول قول العامل لانه أمين

٣٤٨٢ ـ ولا صحاب الشافعي وجهان احدهما هذا والثاني لا يقبل لأنه قبض لمنفعة نفسه.

فصـــــل

اختلافهما في السهم المشروط

٣٤٨٣ ـ وان اختلفا في قدر السهم المشروط ، فادعى العامل النصف ، وقال رب المال الثلث ، فالقول قول رب المال عند اصحابنا الثلاثة ، لأنه لو انكر الربح رأسا كان القول قوله ، فكذلك قدره

٣٤٨٤ ـ وقال زفر القول قول العامل لأنهما اتفقا على انه يستحق المضاربة ، وظاهر الحال التساوي فكان القول قوله

٣٤٨٥ ـ وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقـــد فتحالفا كالمتبايعين

فصـــــل

اختلافهما في قدر رأس المال

٣٤٨٦ ـ ولو اختلفا في قدر رأس المال فقال رب المال هو الفان ولك ثلث

الربح ، وقال العامل بل الف وشرطه لي النصف وفي يد المضارب الفان فالقول قول رب المال في شرط الربح ، والقول قول المضارب في قدر رأس المال

٣٤٨٧ - وقال زفر القول قول رب المال في الوجهين

٣٤٨٨ - وقد قال ابو حنيفة اولا بان القول قول القابض فيما قبض لأنه لو انكر القبض رأساً كان القول قوله ، فكذا اذا أقر بقبض شيء ، وزفر يقول الربح مستفاد من أصل رأس المال .

٣٤٨٩ - ولو اتفقا ان جملة المال مضاربة ، وادعى العامل في المضاربة استحقاقاً منها ، ونفاه المالك . فالقول قوله ، وفرقوا بين هذا وبين قوله بعض هذين الالفين لي خلطته بها او بضاعة في يدي، لأنهما لم يتفقا ان الجميع من مال المضاربة ولم يعترف لرب المال الا بهذا القدر فكان القول قوله

٣٤٩٠ - وقال الشافعي : ان لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن الاصل عدم القبض ، وان كان فيه ربح ففيه وجهان : احدهما ان القول قول العامل لما ذكرناه والثاني يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح

فصل

٣٤٩١ - وان كان في المال عبد فقال رب المال اشتريته للمضاربة ، وقال العامل اشتريته لنفسي ، او قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال العامل للمضاربة فالقول قول العامل لأنه أمين فيما يخبر به

٣٤٩٢ ـ وان اقاما جميعاً بينة فالبينة بينة رب المال ان ادعاه للمضاربة

٣٤٩٣ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال لا يحكم ببينة رب المال لأنه يجوز ان يشتري لنفسه بمال المضاربة على وجه التعدي فلا تكون للمضاربه

فصـــــل

اختلافهما في تعيين البلد

٣٤٩٤ ـ وان اختلفا : فقال : أمرتك بأن تشتري الحنطه خاصة ، وقال العامل لم تخص شيئاً فالقول قول العامل لأنه يدعي مطلق الأذن والتصرف ، والاصل العموم .

٣٤٩٥ ـ وان اتفقا على الخصوص : فقال احدهما امرتك بالبر ، وقال الآخر بالطعام فالقول قول رب المال عند ابي حنيفة وأبي يوسف ومحمد

٣٤٩٦ ـ وقال زفر القول قول رب المال في الفصلين جميعاً ، لان الاذن يستفاد من جهته ، فكان القول قوله

فصـــــل

٣٤٩٧ ـ وان كان في المال عبد فقال رب المال نهيتك عن شرائه ، وانكر العامل ، فالقول قول العامل لانه دعوى خيانة عليه فكان القول قوله فيما قال

فصـــــل

اختلافهما في العموم والخصوص

٣٤٩٨ ـ ولو اختلفا فقال : امرتك ان تعمل به في بلد كذا ، وقال العامل

بل لم تعين لي بلداً فالقول قول العامل على الرواية التي تقول له السفر بالمال بمطلق العقد

٣٤٩٩ ـ وعند زفر القول قول رب المال في ذلك

فصـــــل

بطلان الضاربة بالموت

٣٥٠٠ ـ وهي عقد غير لازم وتبطل بمـــوت كل واحد منهما ، وليس لرب المال ان يعزل العامل بغير علمه ، كما ليس له ان يعزل الوكيل

٣٥٠١ ـ خلاف الشافعي له ذلك .

فصـــــل

بيع ما اشتراه من رب المال

٣٥٠٢ ـ واذا اشترى المضارب شيئاً فباعه من رب المال ، او رب المـال باع المضارب شيئاً فالبيع جائز لان الملك له ،

٣٥٠٣ ـ وقال زفر البيع باطل لانه يصير مشترياً لماله بماله

فصـــــل

٣٥٠٤ ـ ولو ان المضارب دفع مال المضاربة الى غريم مضـــاربة بغـير اذن رب المال ، فهلك المال في يديه قبل ان يعمل فلا ضمان عليه

٣٥٠٥ ـ وقال زفر يضمن

٣٥٠٦ ـ وعن ابي حنيفة انه قال (لا) يضمن (١) ، وان هلك بعد العمل ما لم يربح فيه

فصـــــل

ادعاء العامل الغلط فيما أقربه من ربح

٣٥٠٧ ـ واذا قال المضارب ربحت الفاً ، وادعى انه غلط فيه ، او اظهر ذلك خوفاً من نزع المال من يده لم يقبل منه لان هذا رجوع عن اقراره بمال لغيره فلم يقبل في حصة الآخر

٣٥٠٨ ـ والمضاربة من امهات الكتب ولا يمكن ذكر كل مسائلها (٢) واذ قد ذكرنا المضاربة وكان المأذون يتصرف عن الغير ، ويشبه المضارب وجب ذكره

× × ×

---

(١) في النسختين بضمنين والسياق ما اثبتاه ؟

(٢) كانت هذه العبارة واردة بعد الفصل المعنون ببطلان المضاربة بالموت وقد نقلناها الى هذا الموضع لمناسبة ذكرها ههنا بعد ختام بحث المضاربة

كتاب المأذون له في التجارة

جواز الإذن للعبد في التجارة

٣٥٠٩ اعلم ان الاذن للعبد العاقل في التجارة جائز ، والاصل فيه ان العباس رضى الله عنــه كان له عشره اعبد مع كل عبـــد عشـــرة الآف يتجرون له (١)

٣٥١٠ ـ وقد روى عنـه عليه السلام انه كان يقبل دعوة المملوك ، ولا يجوز ان يجيب دعوة المحجور عليه فينبغي ان تكون دعوة المأذون

فصـــــل

جواز الإذن للعبد البالغ والصبي العاقل

٣٥١١ ـ ويصح الاذن للبالغ من العبيد ، ومن يعقل من الصبيان .

٣٥١٢ ـ وقال الشافعي لا يصح الاذن للصبى في التجـــارة لان قوله يقبل في التجارة

٣٥١٣ ـ لان قوله يقبل في الهدية والاذن في دخول الدار فصح الأذن لـــه كالبالغ وعكسه المجنون

فصـــــل

الإذن العام

٣٥١٤ ـ ويجوز الاذن له على العموم وفي سائر التجارات . وهو فك للحجر عندنا لانه يتصرف لنفسه ولا يرجع على مولاه فيما يلزمه ، وهـــو

(١) هذا معناه ان نظام الأذن للعبد في التجارة يرقى الى اعراف العـــرب قبل الاسلام .

مخالف للمضارب والوكيل في التصرف ، لانهما رجعان على الآمر ، وهذا لا خلاف فيه

فصــــل

الإذن في نوع من التجارة أو في زمان معين

٣٥١٥ ـ واذا اذن له في نوع من التجارة فهو مأذون له في كل نوع

٣٥١٦ ـ وقال زفر يختص تصرفه بما اذن له فيه ، وهو قول الشافعي

٣٥١٧ ـ وكذلك الخلاف اذا اذن له في زمان بعينه فهو مأذون في جميع الازمان والاماكن

٣٥١٨ ـ خلافهما يصير محجوزاً عليه بعد المدة .

٣٥١٩ ـ لأنه فك حجره اذن .

فصــــل

هل للمأذون له دعوة التجار؟

٣٥٢٠ ـ وإذا رآه يبيع ويشتري ولم ينكر عليه فهو مأذون له عندنا .

٣٥٢١ ـ خلاف زفر والشافعي .

٣٥٢٢ ـ وهو القياس ، لأن السكوت لايدل على الاذن ، وإنما جعلناه اذناً لأن تصرف العبد لايحتاج الى اذن ، بل يحتاج الى امساك المولى عنه ، والاذن امر زائد على الامساك لأنه يتصرف لنفسه .

فصـــــل

إجارته نفسه

٣٥٢٣ ـ ويصح أن يؤجر نفسه عندنا ، ولايجوز عند الشافعي .

٣٥٢٤ ـ لأنه استفاد التصرف باذن المولى كالمكاتب .

٣٥٢٥ ـ ويتخذ الدعوة للتجار

٣٥٢٦ ـ خلاف الشافعي لايجوز

٣٥٢٧ ـ لأن العادة جارية بذلك للتجار .

فصـــــل

إباق المأذون

٣٥٢٨ ـ وإذا ابق المأذون صار محجوراً عليه عندنا

٣٥٢٩ ـ خلاف الشافعي

٣٥٣٠ ـ لأنه امتنع تصرف المولى فيه ، وصار في يد نفسه فبطل الاذن .

فصـــــل

شراؤه في الذمة بغير إذن

٣٥٣١ ـ ويجوز أن يأذن المأذون لعبده

٣٥٣٢ ـ وقالوا في المضاربة يجوز ان يأذن لعبد المضاربة .

٣٥٣٣ ـ وروى هشام عن محمد انه لايجوز لأنه دون تصرف المأذون فلا يصح اذنه .

فصـــــل

٣٥٣٥ ـ ولايجوز أن يتجر بغير اذن المولى لأن منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها .

فصـــــل

رد المبيع

٣٥٣٦ ـ واذا اشترى شيئاً في الذمة بغير اذن وقف على اجازة المولى ، لأنه عقد معاوضة فلا يصح بغير اذن مولاه كالنكاح

٣٥٣٧ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي يصح .

٣٥٣٨ ـ لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس .

٣٥٣٩ ـ ومن اصحابه من قال : يصح الشراء ويدخل في ملك المولى لأنه كسب للعبد ، فكان للمولى كما لو احتش .

٣٥٤٠ ـ قالوا ويثبت الثمن في ذمته ، فان علم البائع طالب بعد العتق ، لأنه رضى بذمته وان كان لايعـــلم فهو بالخيار بين ان يصـــبر وبين أن يفسخ .

فصـــــل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤١ ـ ويجب رد المبيع عندنا ، وعند من قال لايصح منهم لأنه مقبوض عن بيع فاسد .

فصـــل

صلاحية المأذون في التصرف

٣٥٤٢ ـ ويبيع بالنقد والنسيئة وفي الحضر والسفر لأنه فك للحجر .

٣٥٤٣ ـ خلاف الشافعي لايملك شيئاً من ذلك .

فصـــل

شراؤه من يعتق على مولاه

٣٥٤٤ ـ واذا اشترى من يعتق على مولاه صح شراؤه ، ويعتق عليه ، ان لم يكن عليه دين ، عند ابي حنيفة .

٣٥٤٥ ـ وللشافعي قولان في صحة الشراء .

فصـــل

إذن الأب والوصي للصبي

٣٥٤٦ ـ واذن الأب والوصي للصبي جائز ويملك التصرف في التجارات كلها ، وله ان يبيع ما ورثه من ابيه في رواية .

٣٥٤٧ ـ وروى عن ابي حنيفة انه لايجوز له إلا فيما يكون من تجارته ومادخل تحت الاذن وقال الشافعي لايصح .

فصـــل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤٨ ـ وإذا باع الصبي المحجور عليه شيئاً او اشتراه او تزوج او فعل ذلك غيره

له فكبر الصبي واجاز جاز باجازته .

٣٥٤٩ ـ وقال زفر لايجوز باجازته ، وهو قول الشافعي .

٣٥٥٠ ـ واتفق الجميع على انه لو وهب او اعتق او طلق فأدرك واجاز ، لم يجز .

فصــــل

قول المولى : بايعوا عبدي

٣٥٥١ ـ واذا قال المولى لقوم :

بايعوا عبدي فلانا فبايعوه ، والعبد لا يعلم بالاذن صار مأذوناً له ، وقال في الزيادات لو اذن الأب والصبي لايعلم لا يصير مأذوناً فمن اصحابنا من قال في المسألة روايتان ومنهم من قال : الفرق وقع لوضع المسألة ، ولا يصير المأذون محجوراً عليه حتى يعــلم بالحجر وهو على اذنه .

٣٥٥٢ ـ ولو ارسل اليه المولى رسولا صار محجوراً عليه ، عدلا كان او غــير عدل ، في قولهم جميعاً .

٣٥٥٣ ـ وان اخــبره انسان بغير رســالة ، فان كان عدلا صار محجوراً عليه ، وعندنا من اخــبره بذلك من صبي او امرأة او عبد ، صار محجوراً عليه .

٣٥٥٤ ـ وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال : مالم يخبره رجلان او رجل وامرأتان لا يصير محجوراً عليه .

والخلاف في الوكيل مثل ذلك

فصــــل

تكيف التدبير والاستيلاء

٣٥٥٥ ـ وتدبير الأمة ليس بحجر والاستيلاد لها حجر

٣٥٥٦ ـ خلاف زفر ، وهو القياس

فصــــل

٣٥٥٧ ـ واذا كان الخيار للمشتري فاذن للعبد في المدة فهو اختيار للبيــع وبطل الخيار

٣٥٥٨ ـ وان الخيار للبائع فاذن له في التجارة بغير محض (١) من المشتري لم يكن ذلك نقضاً للبيع ما لم يلحقه الدين عند ابي حنيفة ومحمد

٣٥٥٩ ـ وقال ابو يوسف يعبر ناقضاً للبيع

فصــــل

حق الغرماء على زيادة مال المأذون

٣٥٦٠ ـ والمأذون اذا وهـب له هبة او تصـدق عليه بصدقه او كانت أمــة فولدت فالغرماء احق بذلك عند ابي حنيفة وصاحبيه

---

(١) كذا ايضاً في نسختي منيخ وقليج

٣٥٦١ - وقال زفر : لا حق للغرماء في ذلك لأنه ليس من تجارته

فصـــــل

٣٥٦٢ - والمأذون اذا كان لرجلين فادانه (١) أحد المولين مائة درهـم ، واجنبي مائة درهم، ثم بيع العبد (بمائة)او مات او تركمائة قسم ذلك بينهما اثلاثاً : الثلث للمولى والثلثان للاجنبي عنـد ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد : يقسم الثمن ارباعاً للاجـنبي ثلاثة ارباع وللمولى الذي ادانه الربع

٣٥٦٣ - ونظير المسأله المدبر اذا قتل رجلا عمداً وآخر خطأ فعفى ولي الـدم قسم ثمن المدبر على هذا الخلاف

٣٥٦٤ - وهذه ثمان مسائل ذكرها قاضي القضاة في درس الجامع الكبير عليه مما اتفقوا عليه ومما اختلفوا فيه ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه فيها الثلث وهما الربع وهو ما ذكرناه

٣٥٦٥ - ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه الربع وهما ثلاثة ارباع وهي مسأله الدعوى اذا ادعى احدهما جميع الدار والآخر النصف وهي في يد ثالث ، قـال ابو حنيفة رحمه الله لصاحب النصـف الـربع ولصاحب الجـميع ثلاثة أرباع الدار ، وقسـاهما ذلك على الدعوى لصاحب النصف الثلث وللآخر الثلثان ، ومن ذلك الوصية بجميع المال ولآخر بنصفه فأن اجاز الورثه ، كان لصاحب الجميع

---

(١) في نسخة منيخ : فا عطاه

(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ

ثلاثة ارباع عند ابي حنيفه رضى الله عنه والربع لصاحب النصف ، وان ردوا لم يضرب احدهما بما زاد على الثلث عنده وقسم الثلث عليهما نصفين

٣٥٦٦ ـ وقالا والشافعي يقسم على ثلاثة ويضرب كل واحد بجميع ما اوصى له به

٣٥٦٧ ـ والمسائل تمر في كل باب (١) مسألة ان شاء الله تعالى .

كتاب المأذون للشيباني

٣٥٦٨ ـ ولمحمدبن الحسن كتاب المأذون الكبير والصغير ، وهو كتاب اكبر من جميع ماذكرنا في هذا الكتاب ، وفيه مسائل كثيرة لا تحصى كثرة

٣٥٦٩ ـ وفي الذي ذكرناه ما يجوز ان ينتفع به واصل يبني عليه ما يقع واذ قد ذكرنا حكم الشركة والتصرف عن الغير (١) وجب ذكر الامانات اذا سلمت الى الغير على جهة الامانة

---

(١) في النسختين : بالغير

كتاب الوديعة

وهذا كتاب الوديعة

حوار الوديعة

٣٥٧٠ ـ اعلم ان الوديعة أمر بلى الناس به قديماً وحديثاً ، ولهجـوا بذلك ، وفيها عون المسلم

٣٥٧١ ـ وقد قال تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى وفي جوازها في الجملة اجماع الفقهاء

فصـــــل

الوديعة أمانة(١)

٣٥٧٢ ـ وهي امانة عند الجميع

---

(١) جـاء في لسـان العـرب في مـادة (ودع) : الـودع والوَدَع والودعات مناقيف صغار تخرج من البحر تزين بها العثاكيل ، وهي خرز بيض جوف في بطونها شق كشق النـواة ، تتفاوت في الصغر والكبر ، وقيل هي جوف في جوفها دويبة كالحلمة . (وهذا تعريف لأصناف من الحيوانات البحرية القوقعية المعروفه) وجاء :

وتقول خرج زيد فودع اباه وابنه وكلبه وفرسـه ودرعه اي : ودع أباه عند سفره من التوديع ، وودع ابنه جعل الودع في عنقه ، وكلبة قلده الودع ، وفرسه رفهه، وهو فرس مودع ومودوع على غير=

= قياس ، ودرعه والشيء صانه في صوانه .

والدعة والتدعه على البدل : الخفض في العيش والراحة ، والهـــاء عوض عن الواو .

والوديع الرجل الهادي الساكن ذو التدعه ، ويقال ذو وداعة، ودع يودع دعة ووداعة ، زاد ابن بري وودعه فهو وديع ووادع اي ساكن. وانشد شمر قول عبيد الراعي :

ثنـــاء تشـــرق الا حساب منـه
به تتـــودع الحســب المصـــونا

اي تقيه وتصونه ، وقيل اي تقره على صونه وداعاً ،

ويقال ودع الرجل يدع اذا صار على الدعة والسكون . ومنه قول سويد بن كراع :

ارق العـــين خيـــال لم يـدع
لســليمى ففـــؤادي منـــتزع

ووادع الثوب وودعه صانه .

قال الازهري : والتوديع ان تودع ثوبا في صوان لا يصل اليـــه غبار ولا ريح وودعت الثوب بالثوب ، وانا ادعه مخفف .

وقال ابو زيد : الميدع كل ثوب جعلته ميدعاً لثوب جديد تودعـه به ، اي تصونه به ، ويقال ميداعة وجمع الميدع موادع واصله الواو

_ لانك ودعت به ثوبك اي رفهته به ... والتوديع ان تجعل ثوبا وقاية ثوب آخر ، والميدع والميدعة والميداعة ما ودعه به ، وثوب ميـــدع صفة ... والميدع ايضاً الثوب الذي تبتذله المرأة في بيتها ...

وفي التـنزيل « ما ودعك ربك وما قلى » اي لم يقطـع الله الـوحي عنك ولا ابغضك . لان الـترك من القلى .

وقال الليث : العرب لا تقول ودعتـه فانا وادع اي تركته ولكن يقولون في الغابر (ودع) يدع وفي الامر دعه وفي النهي لا تدعه . وانشد :

« اكثر نفعاً من الذي ودعوا » .

يعني تركوا .

وفي حديث ابن عباس ان النـبي (ص) قال :

« لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات او ليختمن على قلوبهم) .

اي تركهم اياها والتخلف عنها .

ومن ودع الشيء يدعه ودعا اذ تركه .

والوادع القلى .

والموادعـــة والتوادع شبه المصالحة والتصالح . وحقيقة المـــوادعة المتاركـــة .

والوديع العهد .

وتوادع القوم : اعطى بعضهم لبعض عهداً ، وكله من المصالحة ، حكاه الهروى في الغريبين .

قال الازهري : توادع الفريقان اذا اعطى كل منهم الآخر عهداً على ان لا يغزوهم ، تقول: وادعت العدو اذا هادنته موادعة وهي الهدنة والموادعة ... واستودعه مالا واودعه اياه دفعه اليه ليكون عنده وديعة، واودعه : قبل منه الوديعة ، جاء به الكسائي في باب الاضداد ... قال ابو حاتم لا اعرف اودعته قبلت وديعته ، وانكره شمر ، الا انه حكى عن بعضهم استودعنى فلان بعيراً فابيت ان اودعه اي اقبله . قال الازهري : قاله ابن شميل في كتاب المنطق . والكسائي لا يحكي عن العرب شيئاً الا وقد ضبطه وحفظه ، ويقال : اودعت الرجل مالا واستودعته مالا والوديعة واحدة الودائع وهي ما استودع.

وقوله تعالى فمستقر ومستودع: المستودع ما في الارحام ... وكلهم قال : فمستقر في الرحم ومستودع في صلب الاب ، روى ذلك ابن مسعود ومجاهد والضحاك .

(و) المستودع المكان الذي تجعل فيه الوديعة .

يقال : استودعته وديعة اذا استحفظته اياها :

(٢) ذكر الخطيب البغدادي جماعة بهذا الاسم وارجح ان المقصود بهم هو يحي بن الحسن بن زيد علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب ، وقد سكن بغداد ، وحدث عن ابيه، وروى عنه علي بن حفص

٣٥٧٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

من اودع فهلكت اوتلفت فلا ضمان عليـــه وقال ابوبكر رحمه الله في وديعة هلكت في عهده : لا ضمان عليه انما هي امانة .

فصـــــل

تعريف الوديعة

٣٥٧٤ ـ ولانه قبض العين باذن مالكها لا على وجه التمليك ولا وثيقـــة فلا يضمن .

٣٥٧٥ ـ والذي يضمن (هو المفرط) « ٢ » روي عن عمر رضي الله تعالى تعالى عنه انه قال :

اودعني رجل ستة الآف درهم فهلكت فضمنني عمر .

= بن عمر العبسي ، كان ببغداد ومات يوم الاربعاء لاربع خلون من شهر ربيع الآخر من سنة سبع وثلاثين (ومائتين) ودفن في مقابر قريش ببغداد (ج ١٤ ص ١٨٩ من المرجع المذكور) .

(١) اضفنا هذه العبارة اتماما للمعنى لان سياق الجملة يقتضيها وفي كتاب الافصاح لابي هبيرة (ج ١ ص ٢٦٧) « ان الضمان لا يجب على المودع الا بالتعدي » .

٣٥٧٦ ـ فيحتمل انه فرط في ذلك .

٣٥٧٧ ـ وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل ضمان .

فصل

قبول الوديعة غير واجب

٣٥٧٨ ـ وعندنا لا يجب قبول الوديعة بحال .

٣٥٧٩ ـ وقال اصحاب الشافعي : اذا خاف ان لم عليه يقبل ان تهلك تعين عليه قبولها لان حرمة المال كحرمة النفس لقوله عليه الصلاة والسلام . حرمة مال المؤمن كحرمة دمه .

٣٥٨٠ ـ وحفظ ماله لا يجب عليه عندنا فكيف يجب عليه حفظ مال غيره .

٣٥٨١ ـ وقد قلنا ان الحجر لا يجب في حق المبذر .

٣٥٨٢ ـ ولا خلاف انه اذا لم يخف وغلب في ظن المودع انه يخون فيها انه لا يجب عليه القبول .

فصــــل

أهلية المودع

٣٥٨٣ ـ ولا تصح الا من مالك التصرف في ماله ، فإن اودعه من لايملك التصرف لم يجز له القبول .

٣٥٨٤ فإن قبل فهو ضامن لانه قبل ما لا ممن لا يملك التصرف فيه كما لو غصبه وعلم بالغصب وقبل الوديعة.

فصــــل

وديعة الصبي والسفيه

٣٥٨٥ ـ واختلف الفقهاء في الصبى والسفيه اذا اوع رجلا وخاف الرجل ان لم يقبل الوديعة ان يستهلك المال فاخذه على وجهين :

منهم مـــن اجـــاز لـــه الاخـــذ

ومنهم مـــن لم يجـــزه

وخرج اصحـاب الشافعي ذلك على قولين في المحرم اذا خلص طائراً من جارحة فامسكه ليحفظه فتلف ، فقالوا :

يضمن في احد القولين لانه ثبتت يده عليـــه من غير استئمان ، والثاني لا يضمن لانه قصد حفظه .

فصـــــل

أهلية الوديع

٣٥٨٦ ـ ولا يصح الايداع الا عند جائز التصرف ، فان اودع صبيـــا او سفيها لم يصح الايداع عند الشافعي لانهما ليسا من اهل الحفظ .

فصـــــل

أودع صبياً

٣٥٨٧ ـ فان اودع صبيا فتلف عنده لم يضمن لانه لا يلزمه حفظه .

فصـــــل

٣٥٨٨ ـ وان اتلفه لم يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويضمن عند ابي يوسف رحمه الله تعالى.

٣٥٨٩ ـ ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وجهـان مثل الخـــلاف لنـــا

٣٥٩٠ ـ لانه مكنه من اتلافه فصار كما لو باعه مالا وسلمه اليه .

٣٥٩١ ـ وابو يوسف رحمـــه الله تعالى يقول : لم يسلطه على اتلافه « ١ » فصار كما لو اتلفه من غـير ايداع .

---

(١) ما بين قوسين لم يرد في نسخه منيخ .

فصـــــل

٣٥٩٢ ـ وان كان عبداً محجوراً عليه لم يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعتق .

٣٥٩٣ ـ وقال ابو يوسف رحمه الله يضمن في الحالين والوجه كما مضى .

فصـــــل

القبول في الإيداع بالقول والفعل

٣٥٩٤ ـ ويصح الايداع بالقبول بالقول وبالفعل لايه يدل عـلى الامانة والحفظ .

فصـــــل

انقضاء الوديعة

٣٥٩٥ ـ وتنفسخ بكل ما تنفسخ به الـوكالة من الموت والجنون والاغمـاء والعـزل .

٣٥٩٦ ـ لانه وكيل في الحفظ فصار كالوكيل في التصرف .

فصـــــل

ولد الوديعة

٣٥٩٧ ـ واذ ولدت الوديعة فالد امانة كأمه في الحـكم .

٣٥٩٨ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال : لا يجوز له امساكه حتى يعـلم

المالك ، كما قالوا في الثوب تلقيه الريح في داره .

فصــــل

شرط ضمان الوديعة لا يعتبر

٣٥٩٩ ـ ولا تعتبر مضمونه بالشرط لانها امانة كما لا يعتبر المضمون امانة بالشرط ، لانه موجب العقد فلا يتغير (١) .

فصــــل

سفر المودع

٣٥٦٠٠ . وللمودع ان يسافر بالوديعة ويقيم بها ، ولا فرق بين ما له حمل ومؤونة ، وبين ما لا يحتاج الى ذلك .

٣٥٦٠١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ما له حمـل ومؤونة لا يجوز ان يسافر به ، فان فعل ضمن لان المؤونة تلـتزم المالك وهو لم يأذن .

---

(١) يستفاد من هذه القاعدة ان ما يعد امانة او مضموناً مسألة تتعلق بموجب كل عقد فـلا تقبل الاتفاق على خلافها ، وان موجب كل عقد مما لا يجوز الاتفاق على خلافه وان القواعد الفقهيه منها ما يعد من القواعد الامرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ومنها ما يجوز اشتراط خلافه .

٣٥٦٠٢ ـ وقال الشافعي يلزمـه الضمان بكل حـال لان اذنه عـام في الحفظ .

فصـــل

تسليمها لمن في عياله

٣٥٦٠٣ ـ واذا سلم المودع الوديعة الى من في عياله، ومن يحفظ به ماله فلا ضمان عليه ان تلفت .

٣٥٦٠٤ ـ وقال الشافعي يضمن .

٣٥٦٠٥ ـ لان بهؤلاء يحفظ ماله وليس عليه اكثر من ذلك .

فصـــل

نهي المودع عن حفظها بغيره

٣٥٦٠٦ ـ فان نهاه ان يدفعه الى احد منهم فدفعه اليه ، فان كان مما لابد له منه لم يضمن وان كان ممن له بد ضمن .

٣٥٦٠٧ ـ وقال الشافعي رضـي الله تعالى عنـه يضمن في الوجهـين لان يدهم كيده .

٢٩٦٠٨ ـ ولو قال له احفظ في يمينك فجعله في الشمال لم يضمـن لان كلاهما واحـد .

فصـــل

التعدي في الوديعة

٣٦٠٩ ـ واذا تعدى فى الوديعةثم زال التعدي برىء من الضمان ،وكذلك سائر الامانات عندنا •

٣٦١٠ ـ وقال الشافعي لا يبرأ •

٣٦١١ ـ وهو قول زفر رحمه الله تعالى ، ذكره ابو موسى (الضرير) في مختصره ، لانه اذا زال التعدي عادت الى يد قامت مقام المالك عن طريق الحكم كيد الوكيل •

فصـــل

تلفت بعد تغير نيته

٣٦١٢ ـ واذا فتح الكيس او الصندوق او نوى انفاق الوديعة ثم تلفت بعد ذلك لم يضمن •

٣٦١٣ ـ وقال الشافعي يضمن .

٣٦١٤ ـ لانها تلفت بغير فعله .

فصـــل

المخالفة في الدار

٣٦١٥ ـ واذا امره ان يجعل الوديعة في دار فجعلها في اخرى فهو مخالف ويضمن .

٣٦١٦ ـ وان قال له اجعله في هذا البيت من الدار فجعلها في بيت آخر لم يضمن ، وحكى ابو موسى (الضرير) في مختصره عن محمد بن سماعة عن محمد رحمهم الله تعالى انه يضمن، ذكر انه في النوادر .

٣٦١٧ ـ وهو قول الشافعي .

٣٦١٨ ـ لان الدار حرز واحد فهي كزوايا البيت .

فصـــــل

القول لمن في الدفع لشخص آخر؟

٣٦١٩ ـ وقال رب المال ادفعه الى فلان فقال المودع قد دفعته اليه فالقول قول المودع عندنا في براءة نفسه .

٣٦٢٠ ـ وقال الشافعي لا يقبل قوله على رب الوديعة .

٦٦٢١ ـ لانه اقر له باذن خاص فقبل قوله .

فصـــــل

تسليم الوديعة للحاكم

٣٦٢٢ ـ وقال الشافعي :

اذا اراد السفر وعنده وديعة فانه يسلمها الى مالكها ، ان قدر عليه او وكيله ، وان لم يجد سلمها الى الحاكم لانه لا يجب عليه المقام ولا يجوز له السفر بها فوجب ان يسلمها الى الحاكم لانه ينوب

عن الغائب ، وان سلمها اليه مع القدرة على المالك او وكيله يضمن لانه فرط في ذلك ، ولا ولاية للحاكم مع الحضور كما لا ولاية له في النكاح (١) .

فصل

تسليم من حضره الموت الوديعة

٣٦٢٣ ـ وكذلك اذا حضره الموت فهو مثل الغيبة سواء .

فصل

صاحب الوديعة يضرب مع غرماء الميت

٣٦٢٤ ـ واذا اقر بالوديعة ووصفها ولم توجد في تركته ، فان صاحبها يضرب بها مع الغرماء وتقدم على التركة عندنا لانها صارت مضمونة بالجهل كما لو اختلطت بماله .

٣٦٢٥ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال لا يضمن لانه اصلها امانه فلا يضمن بالشك .

فصل

٣٦٢٦ ـ وان اوع الوديعة غيره فهلكت فالضمان على الاولاد عند ابى حنيفه

(١) هذا دليل على جواز التسليم والايداع في الفقه الاسلامي كما هو جائز في القانون المدني .

في قوله الثاني .

٣٦٢٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى يضمن ايهما يشاء .

٣٦٢٨ ـ لان الفعل الواحد لا يوجب ضمانين من جنس واحد فيستحق واحد في حالة واحدة .

٣٦٢٩ ـ وعندهما يضمن الاول بالتسليم والثاني بأخذه ما لم يكن له اخذه .

٣٦٣٠ ـ وقال ابن ابي ليلى لا ضمان على واحد منهما لان للمودع ان يودع ماله وما في يده .

فصل

٣٦٣١ ـ فان ضمن الثاني وكان يعلم بالحال لم يرجع على الاول ، فان كان لا يعلم (١) ففيه وجهان :

٣٦٣٢ ـ احدهما يرجع لانه دخل على انه امانة وهو قولهما ايضاً . والثاني لا يضمن (٢) لانه هلك في يده .

---

(١) في نسخة منيخ : فان كان جاهلا .

(٢) كذا في نسخة المعهد ونسخة منيخ ولعل الصواب لا يرجع وقد سقط هذا الفصل من نسخة قليج .

٣٦٣٣ ـ وقال اصحاب الشافعي : ان قلنا يرجع على الاول لم يكن للاول ان يضمنه اذا ضمن وان قلنا لا يرجع فهل يرجع عليه الاول ؟

قالوا يرجع عليه .

فصل

خلط الوديعة

٣٦٣٤ ـ واذا خلط الوديعة بجنسها ضمن لان الخلط تعد منه ، وان كان المخلوط به لصاحبها فقد اختلف في الضمان فمنهم من اوجبه ومنهم من نفاه .

٣٦٣٥ ـ لانه مال صاحبها فلا يضمن .

فصل

سقي الدابة المودعة وعلفها

٣٦٣٦ ـ وعليه سقي الدابة وعليه وعلفها فان نهاه عن ذلك لم يضمن ، ومن اصحاب الشافعي من قال يضمن وهو الاصطخري .

فصل

إخراج الوديعة

٣٦٣٧ ـ واذا اخرج الوديعة لمصلحة لها لم يضمن باتفاق .

فصـــــل

أخذها منه بغير اختياره

٣٦٣٨ ـ واذا اخذت منه فهو لا يضمن لانه (١) غير مفرط وان سلم باختياره ضمن لانه فرط .

فصـــــل

القول قول المودع في الضياع والرد

٣٦٣٩ ـ وقول المودع مقبول في ضياع الوديعة بلا خلاف ، يحلف انه ما ضيعها ، وكذلك قوله عندنا مقبول في الرد ، وهو قول الشافعي ومالك لانه امين .

٣٦٤٠ ـ وقال بعض الفقهاء لا يقبل قوله في الرد لان الله تعالى قال « فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم» (٢) وهذا عندنا على الاستحباب ، كيف يحتاط بالشهادة في البيع .

فصـــــل

ضمان المودع بالمنع

٣٦٤١ واذا طلب مالكها منع المودع صار ضامنا لانه تعدى بالمنع .

---

(١) ما بين قوسين من نسخه منيخ .

(٢) النساء ٦/٤ .

فصـــــل

إنكار الوديعة

٣٦٤٢ ـ واذا قال مالك عندي وديعة ، او ما اودعتني واقام رب الوديعة البينة قبلت ، وحكم بها له .

٣٦٤٣ وان اقام المودع بينة بالرد عليه بعد الجحود قبلت كالغاصب يقيم البينة بالرد .

٣٦٤٤ ـ ومن اصحاب الشافعي من قـال لا يقبل قوله . في البينه ، ولا يسمع ، لان كون البينة بانكار الايداع فلم تقبل بالرد والتلف .

فصـــــل

سبب الهلاك ظاهر أو خفي

٣٦٤٥ ـ ولا فرق عندنا بين ان يدعى الهلاك بسبب ظاهر او خفي .
٣١٤٦ ـ وفرق الشافعي في ذلك وقال لا يقبل قـوله في الظاهر الا ببينـة كالحريق والنهب لان الظاهر علمه .

فصـــــل

ادعاؤه رد الوديعة

٣٦٥٧ ـ واذا قال : مالك عندي وديعة او ما تستحق على شيئاً ، واقـام البينة بالايداع ، فقال: صدقت البينة، ولكن رددت الوديعـة او تلفت ، قبل قوله في ذلك لانه لم يكذب البينة ولم يجحد وانما قال ما

عندي لك شيء وهو صادق في ذلك .

فصـــــل

إيداع رجلين آخر ما يكال أو يوزن

٤٨ ٣ ـ والرجلان اذا اودعا رجلا ما يكال او يوزن فغاب احدهما وحضر الآخر وطلب نصيبه من ذلك لم يكن للمودع ان يعطيه ذلك حتى يحضر الآخر لانه قضاء على غائب ، وهذا قول ابي حنيفة .

٣٦٤٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لـه ان يأخذ النصف ، فان تلف الباقي وحضر الغائب كان له ان يأخذ نصف ما اخذه على وجه الضمان ، وانما اخذه على انه حقه بشرط سلامة الباقي فان لم يسلمه رجع اليه .

فصـــــل

(أودع رجلين)

٣٦٥٠ ـ واذا اودع رجلين شيئاً مما يقسم ، فأودعه احدهما عند صاحبه الآخر ، فهلك ، ضمن في قوله ابي حنيفه . وان كان مما لا يقسم لم يضمن .

٣٦٥١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن في الوجهين جميعاً .

فصـــــل

موت المودع

٣٦٥٢ ـ واذا مات المودع وطلب الوديعة ربها فقال الوارث ضاعت في

حياة مورثي او ردها عليك ، وانكر ذلك ، او قال لا ادري ما حالها فانهـا قد صارت دينا في ماله ، وكـذلك سائر الامانات والودائع .

٣٦٥٣ ـ وقال ابن ابي ليلى وبعض اصحاب الشافعي لا ضمان لربها لانه لم يتعد ، ولم يمنع وما بقي وجه يضمن به ، فلا يضمن .

فصـــل

مخاصمة غاصب الوديعة

٣٦٥٤ وللمودع ن يخاصم الغاصب للوديعة ويقطع السارق ، ويسترجع العين ، لان له يدا صحيحة في الحفظ .

٣٦٥٥ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي ليس له ذلك .

٣٦٥٦ ـ وهـذا يجب عن طريق الامـر بالمعروف ، وعلى كل واحـد فكيف المودع .

فصـــل

٣٦٥٧ ـ واذا القت الريح ثوباً في دار انسان فطلبه صاحبه فليس عليه ان يرده عليه ، ولكن عليه ان يدخل صاحبه الدار فيأخذه ، لانه لم يأخذه منه فيرده عليه .

فصـــل

٣٦٥٨ ـ وقال في الجامع الكبير :

رجل اودع عبداً محجوراً عليه وديعة فدفع العبد الى محجور عليه آخر فهلك في يد الثاني .

٣٦٥٩ ـ فـي قول ابي حنيفة له ان يضمن الثاني في الحـال ، وليس له ان يضمن الاول ما لم يعتق .

٣٦٦٠ ـ وقال محمد ليس يضمن احدهما حتى يعتق .

فصـــــل

٣٦٦١ ـ ولو اودع الثاني ثالثاً والمسئلة بحالها ، فابو حنيفة يقول :

لا ضمان على الاول حتى يعتق ، وعلى الثاني في الحال ، ولا ضمان على الثالث .

٣٦٦٢ ـ وقال ابو يوسف يضمن اي الثلاثة شاء في الحال .

٣٦٦٣ ـ وقال محمد لا يضمن الاول حتى يعتق ، وهو بالخيـار في الثـاني والثالث يضمن ايهما شاء في الحال .

فصـــــل

أودع درهماً فخلطه

٣٦٦٤ ـ ومن اودع درهما ابيض فخلطـه في دراهم بيض ضمن عنـد ابي حنيفـة .

٣٦٦٥ ـ وقال ابو يوسف انه شاء شاركه بقدر درهم في الدراهم .

٣٦٦٦ ـ وقال محمد ابن الحسن :

ان كانت الوديعـة هي الغالبة فالأمر على ما قال ابو حنيفـة ، وان كانت هي القليلة فالأمر على ما قال ابو يوسف ، فجعل الاقــل تابعاً للاكثر .

٣٦٦٧ ـ وفي هذا الكتاب عجيب من المسائل ، وفي الذي ذكرت اصول له ، والواقـع ،

٣٦٦٨ ـ واذ قد ذكرنا ذلك ، وكانت الـوكالة فيهـا معنى الامانة ، وقول الوكيل يقبل في بعض الاحوال ولا يقبل في بعضها وجب ذكرها بعد الوديعة .

كتاب الوكالة

فصـــــل

وهذا كتاب الوكالة(١)

٣٦٦٩ ـ اعلم ان الوكالة استنابة في حال الحياة في العقود والتصرف . وهي غير لازمة للوكيل ولا للموكل .

---

(١) جاء في لسان العرب في وكل :

حقيقة الوكيل ان يستقل بامر الموكول اليه ، والوكيل من اسماء الله تعالى وهو المقيم الكفيل بارزاق العباد وفي التنزيل : « ان لا تتخذوا من دوني وكيلا » .

وقيل الوكيل الحافظ ، والمتوكل على الله الذي يعلم ان الله كافل رزقه وامره فيركن اليه وحده ولا يتوكل على غيره .

يقال توكل بالامر اذا ضمن القيام به .

ووكلت امري الى فلان اي الجأته اليه ، واعتمدت فيه عليه .

ووكل فلان فلانا اذا استكفاه امره ثقة بكفايته ، او عجزاً عن القيام بامره .

ووكل اليه الامر سلمه ، ووكله الى رأيه وكلا ووكولا : تركه .

والوكيل الجريء ، وقد يكون الوكيل للجمع وكذلك الانثى .

وقد وكله على الامر .

والاسم : الوَكالة والوكالة ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره .

فصـــــل

(الأصل في جوازها)

٣٦٧٠ ـ والاصل في جوازها في الجملة ما رواه ابو موسى في مختصره باسناده عن جابر بن عبدالله قال :

« اردت الخروج الى خيبر ، فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه ، وقلت له : اني اريد الى خيبر (اردت الخروج الى خيبر) (١) .

فقال :
اذا اتيت (الى) وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته .

٣٦٧١ ـ وهذا الخبر يدل على انه كان له وكيل ويدل على جواز الدفع من الوكيل الى غيره بمجرد القول .

ويدل على انه اذا شك في قول الطالب ان لا يدفع اليه .
ويدل على انه أتاه بآية وهي العلامة ، انه يجوز له الدفع بها ، والاقتصار عليها .

٣٦٧٢ ـ ويدل على جواز العلامة بين من يريد ذلك ففيه هذا الفقه .

٣٦٧٣ ـ وذكر الخصاف وغيره خبر فاطمة بنت قيس (٢) قالت :

---

(١) الالمام باحاديث الاحكام لابن دقيق العيد . الرقم ٩١٥ .
(٢) هي فاطمة بنت قيس بن خالد الاكبر القرشية الفهرية اخت الضحاك بن قيس ، كانت من المهاجرات الأول ، لها عقل وكمال وهي التي طلقها ابو حفص بن المغيرة ، فأمرها رسول الله (ص) ـ

طلقني زوجي ثلاثا ، فوكل اخـاه بنفقتي وخرج الى اليمـن فخاصمت الى النـبي صلى الله عليـه وسلم ، فلم يجعـل لي سكنـاً ولا نفقـة .

٣٦٧٥ ـ ووكل النـبي صلى الله عليه وسلم عروة البارقي في شراء اضحية ، فاشترى شاتـين وباع احداهما ، وجاء باضحية ودينار فدعى له بالـبركة ، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه ، قال الشيرازي رحمـه الله ، هو عروة ابن جعد ، والذي ذكره يحـيي فيه أنه ابن الجعـد الازدي (١) .

= ان تعتد في بيت ابن ام كلثوم ، وقدمت الكوفة عـلى اخيهـا الضحاك بن قيس ، وكان امـيراً فسمـع منهـا الشعبي . . . (و) عن الشعبي قالت فاطمة بنت قيس : طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله (ص) : « لا سكنى لك ولا نفقة » وفي بيتها اجتمع اصحاب الشورى لما قتل عمر بن الخطاب (ر) وروت عن النـبي (ص) احاديث اخرجها الثلاثة (اسد الغابة ٥/٥٢٦ـ٥٢٧) .

(١) جاء في اسد الغابة (ج٣ ص ٤٠٣) .

« عروة بن الجعد ، وقيل ابن ابي الجعد البارقي وقيل الازدي ، قاله ابن منده وابو نعيم ، سكن الكوفة ، روي عنـه الشعبي والسبيعي وشبيب بن غرقده وسماك بن حرب وشريـح بن هـانيء وغـيرهم . وكان ممن سيره عثمان (ر) الى الشام من اهل الكوفة. وكان مرابطاً ببزاز الروز ومعه عـدة افراس منها فرس اخـذه بعشرة الآف درهم ... وقولهما بارقي وقيل ازدي واحد ، فان بارقاً من الازد ، وهو بارق بن

٣٥٧٦ ـ وذكر الخصاف خبر علي بن ابي طالب رضي الله عنـه انه كان يوكل اخاه عقيلافي الخصومةفلما كبر وكل عبدالله بن جعفر(١)

وكان يقول :

ان لها قحما (؟) يحضرها الشيطان .

وكان يقول :

« ما قضي لوكيلي فلي ، وما قضى على وكيلي فعلى » .

٣٥٧٧ ـ وذكر ابو موسى الخبر ، وقال فيـه ، فقال عبدالله فخـاصمني طلحـة بن عبدالله في ضفير احـدثه علي بين ارض لطلحـة وارضه .

قال : والضفير المسناة .

قال فقال طلحة :

انه قد اضرّ بي، وحمل على السيل، فركب عثمان بن عفان رضي الله عنه معنا .

فقال :

= عدي بن حارثة بن امريء القيس بن ثعلبة بن مـازن بن الازد ، وانما قيل له بارق لانه نزل عند جبل بارق فنسب اليه وقيل غير ذلك » .

(١) هو عبدالله بن جعفر ذي الجناحين بن ابي طالب بن عبدالمطلب (اسد الغابة٣/١٣٣ـ١٣٥) .

والله اني وطلحة نختصم في الموكب وان معاوية على بغلة شهباء امام الموكب ، قد قدم قبل ذلك وافدا ، فالقى كلمة عرفت فيها انه قد اعانني بها .

قال :

ارأيت هذا الضفير اكان على عهد عمر ؟

قال :

قلت نعم .

قال :

لو كان جوراً ما تركه عمر .

فمشى عثمان رضي الله تعالى عنه حتى نظر الى الضفير فقال : ما ارى ضرراً ، وقد كان على عهد عمر ولو كان جوراً لم يدعه عمر .

٣٥٧٨ ـ وبهذه السنن عمل الفقهاء على جواز الوكالة ، وفيها اجماع منهم على الجواز في الجملة .

فصل

٣٥٧٩ ـ وتجوز الوكالة بالبيع والشراء والحوالة والكفالة والشركة والمضاربة (١) والوديعة والاعارة والاجارة والمزارعة والمساقاة

---

(١) جاء في نسخة منيخ بعد المضاربة والوكالة .

والقرض والهبة والوقف والصدقة ، لان الحاجة داعية الى ذلك كله .

فصل

٣٥٧٠ ـ واختلف في الوكالة في تملك المباحات كالاصطياد والحشيش واستقاء الماء ، فقال اصحابنا لا تصح لانه تملك مباح كالاغتنام، وهو احد قولي الشافعي ، وقال يصح في قول اخر لانه لا يتعين عليه كالبيع والهبات .

فصل

التوكيل بالنكاح والطلاق والخلع

٣٥٨١ ـ ويجوز التوكيل بالنكاح والطلاق والخلع والعتاق والمكاتبة والتدبير ، لان النبي عليه الصلاة والسلام وكل عمر ابن امية الضمري (١) في تزويج امحبيبة (٢) رضي الله عنهما .

---

(١) هو عمرو بن امية بن خويلد الكناني الضمري ، يكنى أبا امية ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل محمدحبيب بن عدي من الخشبة التي صلب عليها،وارسله وكيلا فعقد له على ام حبيبة بنت أبي سفيان ، واسلم قديماً وهو من مهاجرة الحبشة ، ثم هاجر الى الى المدينة ، واول مشاهدة بئر معونة . وكان النبي (ص) يبعثه في اموره ، وكان من انجاد العرب ورجالها نجدة وجراءة .

روى عنه اولاد جعفر والفضل وعبدالله وابن ابيه الزبرقان بن

فصـــل

لا توكيل بالاستيلاء

٣٥٨٢ ـ ولا يصح بالاستيلاء لأن النيابة لا تجوز فيه عنه .

فصـــل

(لا توكيل في الإبداع إلخ)

٣٥٨٣ ـ ولا يجوز في الايلاء والظهار واللعان ، لانها ايمان فلا تحتمل التوكيل .

فصـــل

(التوكيل بالرجعة)

٣٥٨٤ ـ واختلف في الرجعة : فمنهم من قال يجوز التوكيل بها، كما يجوز بالنكاح ، وهذا قولنا .

ومن اصحاب الشافعي من قال لا يجوز ، كما لا يجوز في الايلاء والظهار ، وضعفوا هذا الوجه .

فصـــل

(الوكالة بإثبات الحقوق)

٣٥٨٥ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد : تجوز الوكالة باثبات سائر الحقوق كائنا ما كانت .

= عبدالله بن امية ، وهو معدود من اهل الحجاز (اسد الغابة ٤ / ٨٦) .

٣٥٨٦ ـ وقال ابو يوسف : الا في الحـــدود والقصاص لانهـا تسقط بالشبه(١) ولا تستوفى بالوكالة باجماع منا اذا كان الموكل في القصاص غائباً (٢) .

٣٥٨٧ ـ وقا الشافعي : يستوفي في القصاص مـع غيبة الموكل كما تستوفى في الدين .

٣٥٨٨ ـ ونحـــن نقــول لا يجـــوز ان يستوفى مـــع العفـــو الظاهر ، ويحتمل ان يكون قد عفى فلا يمكن الرجـــوع الى الحـــق .

وقالوا : اذا استوفى مـع حضوره فيه قياس واستحسان :القياس لا يجوز كما لا يجوز البيـع مـع الغيبة والاستحسان ان كل واحد لا يقدر على استيفاء الحق بنفسه ولا يحسن القتل فدعت الضـــرورة الى ذلك فجاز .

---

(١) الاستثناء الوارد في هذه العبارة مشكل اذ يفهم منـه انه استثناء من التوكيل باثبات الحدود والقصاص .

وليس هذا هو المقصود وانما المقصـــود ـ كما يتضح من عبـــارة الطحاوي في مختصره ان الوكالة لا تجوز في الحدود ولا في القصاص الا في اثبات البينات عليها (مختصر الطحاوي، ص١٩٠) على ان ما يتضح من الاستثناء المذكور للوهلـة الأولى هو قول ابي يوسف فقـد جاء في مختصر الطحاوي ايضا :

« وقال ابو يوسف (ر) : لا تقبل الوكالة في شـــيء من ذلك (الحدود والقصاص) من خصومة فيها ولا من اثبات بينـة عليها ولا من غير ذلك .

(٢) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٩ .

وهذا لا خلاف فيه .

فصـــــل

٣٥٩٠ - ولا يجوز من غير رضـــا الخصم الا ان يكون الموكل مريضـــاً لا يستطيع حضور مجلس الحكم أو غائبـــا في مسافة تقصـــر فيها الصلاة (١) .

وهذا قول ابي حنيفة .

٣٥٩١ وقال ابو يوسف ومحمد : تجوز من غير رضا الخصم . كما تجوز في قبض الدين هو قول الشافعي(٢).

٣٥٩٢ - وابو حنيفة يقول : في هذا ترك التسوية بينهما في الحكم وقـــد منع الشرع ذلك وقاسه على الحوالة في اعتبار رضا المحتال .

٥٩٩٣ - ولا يلزم حضور جواب الوكيل عند ابي حنيفـــة لان الوكالة لم تصح ، وفرق بين المريض والصحيح بان المرض عـــذر فكذلك السفر وجعل اصحابنا الحياء في المـــرأة لا تـــبرز مثل ذلك في العذر والجواز .

---

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ .

(٢) ربه اخذ الطحاو في مختصره ، ص ١٨٠ .

فصـــــل

الوكالة بفسخ العقود

٣٥٩٤ ـ وتجوز الوكالة في فسخ العقـــود لانه اذا جاز في العقد فالفسخ مثلـــه .

فصـــــل

الوكالة بالإبراء

٣٥٩٥ ـ ويجـــوز ان يوكل في الابراء من الديون كما يجـــوز في اثباتهـا واستيفائها .

فصـــــل

التوكيل بالإقرار

٣٥٩٦ ـ ويصح عندنا التوكيل بالاقرار في الحقوق .

٣٥٩٧ ـ وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان في احدهما لا يصح(١) .

٣٥٩٨ ـ واذا قالوا يصح فهل هو اقرار ام لا ؟

على وجهـين : احدهما انه اقرار ، والثاني ليس باقرار .

فصـــــل

قبول الوكالة

٣٥٩٩ ـ ولا تصح الوكالة بغـير قبول لانها عقد فافتقر الى قبول .

---

(١) جاء في الاقناع للشربيني : الأصح عدم صحة التوكيل في الافـرار مطلقاً (ج ٢ ص ٤٧) .

٣٦٠٠ - ويجوز عندنا القبول بالقول والفعل ، ويكون التصرف فيما وكل به قبولا .

٣٦٠١ - وقال زفر : لا يكون القبول الا بالكلام .

٣٦٠٣ - لان التصرف يدل على الرضا .

فصـــــل

التوكيل بطلب كل حق

٣٦٠٤ - واذا وكل رجل رجلا بطلب كل حق له قبل الناس جاز له مطالبة كل غريم كان عليه حق ، وطلب كل ما يحدث له من الحقوق ، ما لم يخرجه الموكل من الوكالة .

٣٦٠٥ - وقال زفر بن الهذيل : ليس بوكيل فيما يحدث من الحقوق .

٣٦٠٦ - وكذلك اذا وكله بطلب ماله بالكوفة او مصر بعينــه فهو على الخلاف ايضاً ، يجوز عند الثلاثة من علمائنا .

فصـــــل

(الوكالة بقبض على إنسان بعينه)

٣٦٠٧ - ولو وكله بقبض حق له على انسان بعينه . فليس لــه ان يقبض من الحقوق الا ما كان يوم التوكيل في قولهم جميعاً بلا خلاف لانه توكيل خاص ليس بعام .

فصـــــل

(مدى سلطة الوكيل بطلب الحقوق)

٣٦٠٨ ـ وله ان يتقاضى ديونه ويقبضها اذا وكل بطلب حقوقه ، وليس له بيـــع ولا شراء ، ولايأخذ شفعة ولايزوج ولايعتق ولايطلق ، لأن ذلك ليس بطلب حق ، وانما هو اسقاط حق فلا يصح .

فصـــــل

(أخباره بالوكالة)

٣٦٠٩ ـ واذا اخبر الوكيل بالوكالة فمن اخبره بذلك وكان خبره حقا فهو وكيل في قولهم جميعاً .

فصـــــل

(قبول الوكالة على الفور)

٣٦١٠ ـ ومن اصحاب الشافعي من يقول : قبول الوكالة على الفور،ولاتجور على التراخي .

٣٦١١ ـ وهذا لايصح ، لأن الاذن باق ما لم يبطله .

فصـــــل

(تصرف من وكل وهو لا يعلم)

٣٦١٢ ـ وقد قال اصحابنا : فان وكله وهو لايعلم ببيع او شراء ، فتصرف في ذلك وهو لايعلم بالتوكيل كان ذلك كله باطلا ، ولا يجوز عليه حتى يعلم بالتوكيل ، لأن الأمر لايثبت مع الجهالة كأمر صاحب الشرع .

٣٦١٣ ـ ولايجوز التوكيل الا في تصرف معلوم او متعارف ، فان قال وكلتك في كل قليل وكثير لم يجز لأنه يدخل فيه مايطيق ومالايطيق فيعظم الغرر [1].

٣٦١٤ ـ ولو قال وكيلي في كل شيء ، فهذا وكيل في الحفظ ، وليس في بيع ولاشراء .

٣٦١٥ ـ فان قال وكيلي في كل شيء جائز امره ، فهو وكيل فى الحفظ والبيع والشراء ، فان وهب او تصدق جاز ، وله ان يتقاضى ديونه ، ويبطل حقوقه .

فصل

٣٦١٦ ـ وان قال وكلتك ببيع جميع مالي وقبض جميع ديوني صح لأنه يعرف ماله وديونه ،

فصل

٣٦١٧ ـ وان قال : تبيع ما شئت من مالي او تقبض ماشئت من ديوني جاز لأنه اذا عرف ماله ودينه عرف اقصى مايبيع ويشتري .

---

(١) يرجع هذا الضابط الى جملة مبادىء عامة يقوم عليها الشرع الاسلامي والاساس في ذلك مبدأ اليسر . وان الشريعة بنيت على التكليف به لا بالعسر ، وهذا يترتب عليه مبدأ آخر هو التكليف بما يطاق عادة ، فلا يحسن التكليف بما لايطاق ، وبما ان الغرر العظيم ضرب من التكليف الشاق فهو تكليف بمالايطاق عادة . وهذا مثال من امثلة جمة يمكن الرد به على من زعم من فقهاء القانون الموازن ان الفقه الاسلامي عني بالجزئيات دون ان يعنى بالاسس والمبادي العامة .

فصـــــل

التوكيل بمجهول الصفة والجنس

٣٦١٨ - فأن وكله بشراء عبد بعينه او بغير عينه فان ذكر الجنس جاز ، وان ذكر الثمن جاز ، ولزم الأمر ، وان اطلق لم يصح لأنه مجهول الصفة والجنس .

٣٦١٩ - وقال الشافعي رضي الله عنـــه لا يصح وان ذكر الثمن ، لأن ذكر الثمن لا يـــدل على النوع ، وقال : ان ذكـــر النوع جاز اذا قال تركيا .

٣٦٢٠ - لأن ذكر الجنس كذكر الثمن فكذلك ذكر الثمن يدل على ذكر الجنس .

٣٦٢١ - وقال زفر رحمه الله تعالى : لابد من ذكر الجنس والثمن معاً ، حتى يصـــح ، لتزول الجهالة ، والجنس اذا ذكر فقد دخل فيه الاعلى والادنى .

فصـــــل

الوكالة بخصومة كل من يخاصمه

٣٦٢٢ - وتصح الوكالة بخصومة كل من يخاصمه ومن اصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال لاتصح لأن الخصومة قد تقل وتكثر .

فصـــــل

تعليق الوكالة على شرط

٣٦٢٣ - ويصح تعليق الوكالة على شرط مستقبل لأنه امر ، فجاز تعليقه بشرط كأمر صاحب الشرع وكالوصية .

٣٦٢٤ - ومن اصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال الصحيح انـه لا يصح لأنه عقد تؤثر الجهالة فيه كالبيع والاجارة .

فصـــل

تصرف الوكيل بعد الشرط

٣٦٢٥ ـ واتفق الفريقان انه اذا وجد الشرط ونصرف الوكيل جاز تصرفه ولو كان العقد باطلا لما جاز التصرف .

فصـــل

تسمية جعل الوكيل

٣٦٢٦ ـ ولكن قال الشافعي : ان كان سمي له جعلا بطلت التسمية فوجب له أجر المثل ، لأنه عقد فاسد لم رض به بغير بدل فكان له اجر المثل كالاجرة الفاسدة .

فصـــل

(تنجيز الوكالة وتعليق التصرف)

٣٦٢٧ ـ قالوا : ولو عقد الوكالة في الحال ، وعلق التصرف على شرط بان قال : وكلتك بان تطلق امرأتي بعد شهر أو ببيع عبدي جاز لأنه لم يعقد على شرط .

فصـــل

رجوع الوكيل بالثمن

٣٦٢٨ ـ وللوكيل ان يرجع بالثمن على الآمر فيما يلزمه من الثمن اذا وقع الشراء له ، في الموقع الذي يصح ، قبل نقد الثمن ، وبعد نقده ، لأنه لزم باذنه .

فصـــــل

(لزوم الثمن الوكيل)

٣١٢٩ ـ والثمن عندنا يلزم الوكيل بالعقد ولا يكون للبائع مطالبه الآمر ، لأن العقد لم يكن معه عند علمائنا الثلاثة .

٣٦٣٠ ـ وقال زفر ومالك : له مطالبة المالك .

فصـــــل

حقوق العقد

٣٦٣١ ـ وعندنا حقوق العقد تتعلق بالوكيل(١) ،

٣٦٣٢ ـ ومن اصحابنا من قال : الملك ينتقل الى الوكيل ، ثم ينتقل من جهته الى الموكل .

٣٦٣٣ ـ ومنهم من قال : تنتقل الحقوق مـــن البائـــع الى الموكل ، وكذلك الملك .

٣٤ ٣ ـ وحكى ابو عبد الله البصري عـــن ابي الحســـن رحمهما الله في شرح المختصر ان سائر الحقوق تنتقل الى الوكيل من المالك .

٣٦٣٥ ـ لأنه لا يصح النيابة فيه (٢) وسائر الحقوق تجوز النيابة فيها فتعلقت بالوكيل .

---

(١) في مختصر الطحاوي ايضاً (ص ١٠٩) ان الخصم في حقوق البيع مـــن الاستحقاق والمطالبات في العيوب في ذلك الوكيل لا الموكل وكذلك الوكالة بالشراء .. والوكالة بالاجارة كالوكالة بالشراء والبيع في جميع ماذكرناه .

(٢) الظاهر ان الضمير يعود الى حكم العقد اي انتقال الملك كما يستفاد من تفرقة الحنفية بين حكم العقد وحقوقه في باب الوكالة (بدائع الصنائع الكاساني ج٦ ص٢)

فصــــل

حق الوكيل في حبس السلعة

٣٦٣٦ ـ وللوكيل حبس السلعة حتى يستوفي الثمن من الموكل ، لأنه كالبائع في حق الوكيل .

٣٦٣٧ ـ وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له حبس السلعة .

فصــــل

هلاك السلعة في حبس الوكيل

٣٦٣٨ ـ فان حبسها فتلفت في يده بطل الدين، وحكى ابو الليث (السمرقندي) في خــلافة (١) فقال : هذا قول محمد رحمه الله تعالى .

٣٦٣٩ ـ وحكي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها تهلك بالاقل من قيمتها ومن الدين.

٣٦٤٠ ـ وعن زفر رحمه الله تعالى انه يضمن ضمان الغصب لأنه ليس له حبسه.

فصــــل

٣٦٤١ ـ ولو وكله بشراء ثوب او دابة لم يجز حتى ينسبه الى جنس ، وليس كذلك بني آدم لأنهم جنس واحد ، وانما يفرق بينهم البلدان .

باب(٢)
فيما يلزم الموكل وما لا يلزمه من الأحكام

---

(١) اشارة الى كتاب مختلف الرواية الذي ترجح اشارات السمناني اليه نسبتــه الى ابي الليث السمرقندي لا الى العلاء السمرقندي مصنف تحفه الفقهاء .

(٢) في نسخة فليسج كتاب .

٣٦٤٢ - الوكيل بالخصومة والقبض اذا اقر عند القاضي ان الموكل قبض الحق او ابرأ منه برىء الغريم وقبل في حقه وحق الموكل ، وان اقر عند غير القاضي لم يلزم الموكل ولم يكن للوكيل بعد ذلك المخاصمة ، لأنه خرج من الوكالة ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله تعالى عنهما .

٣٦٤٣ - وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى في احد قوليه يجوز اقراره في الحالين ويلزم الموكل .

٣٦٤٤ - وقال زفر والشافعي رحمها الله تعالى لا يجوز اقراره في الحالين ولا يلزم الموكل لأن ذلك ليس مقتضى الخصومة واقرار ببطلان الخصومة .

٣٦٤٥ - وابو حنيفة رضي الله تعالى عنه قال الاقرار احد جوابي الدعوى يصح من الوكيل كالانكار .

فصل

٣٦٤٦ - واذا وكله بالبيع فباع بقليل الثمن وكثيره فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٤٧ - وكذلك اذا باع بالعروض والنقد والنسيئة .

٣٦٤٨ - وقالا والشافعي لا يجوز ذلك حتى يكون بمثل ثمن المثل وما يتغابن الناس فيه .

٣٦٤٩ - ولا يجوز بالعروض ولا يجوز بغير الاثمان .

٣٦٥٠ - وقد روى القدوري في تجريده في الشراء عن ابي يوسف رحمه الله تعالى روايتين مثل ما قاله في البيع .

فصـــــل

بيع الوكيل نصف العبد

٣٦٥١ ـ وان وكله ببيع عبـد فباع نصفه جـاز ولزم الامر ، وفي الشراء لايلزم حتى يشتري الجميع ، وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى في الفصلين .

٣٦٥٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى والشافعي رحمه الله تعـالى لايجوز بيعه النصف ايضاً ولا يلزم الموكل كما لا يلزمة الشراء .

فصـــــل

التوكيل بإعتاق نصف العبد

٣٦٥٤ ـ وان وكله بان يعتق نصف عبده فاعتقه كله لم يصح ولم يعتق منه شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه .

٣٦٥٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق كله.

٣٦٥٦ ـ ولو وكله بان يعتق الكل ، فاعتق النصف ، عتق النصف ، عنـد ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٥٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق الكل .

٣٦٥٨ ـ وقال ابو حنيفة في الطلاق اذا وكل بواحدة فطلق اثنين لم يصح ولا ولا يلزم الأمر .

٣٦٥٩ ـ وقالا تطلق واحدة .

٣٦٦٠ ـ لانه فعل المأمور بهوزاد .

فصـــل

وكّله بأن يزوجه امرأة

٣٦٦١ـ فان وكله بان يزوجه امرأة فزاد في مهرها جاز عند ابي حنيفة وفرق بين النكاح والشراء .

٣٦٦٢ ـ وقالا هما سواء ، ولا يلزمه ما زاد على مهر المثل لانه لم يدخل تحت الاذن .

فصـــل

أمره بالتزويج ولم يسم امرأة

٣٦٦٣ ـ ولو أمره بالتزوج ولم يسم امرأة فزوجه امرأة غير كفوء له ، او امة او ذمية جاز عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، لانه دخل تحت عموم قوله .

٣٦٦٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا يجوز ، لانه بخلاف العادة فلا يجوز (١) .

فصـــل

٣٦٦٥ ـ فان زوجه ابنته لم يجز في قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه صغيرة كانت ام كبيرة .

---

(١) من هذه القاعدة يفهم ان العاده تعد عاملا حاسما في تحديد صحة التصرف من بطلانه حيث ينبغي النظر الى ما تعارف عليه الناس عند التساؤل عن صحة تصرف او بطلانه .

٣٦٦٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بجوزان كانت كبيرة ،وهذا مثل الوكيل بالشراء هل يجوز ان يشتري من ابيه وابنه ؟ عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز من كل من تجوز شهادته له .

٣٦٦٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز .

٣٦٧٠ ـ ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وعنهم اجمعين في البيع من هولاء وجهان ولم أر قولهم في التزويج فاحكيه.

فصل

تزويج الوكيل موكله بامرأتين

٣٦٧١ ـ وان زوجه امرأتين لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي احد قولي ابي يوسف ومحمد تعالى يجوز في واحدة والبيان الى الموكل يختار ذلك ما زاد على الواحدة بالخلاف .

فصل

٣٦٧٢ ـ فاذا وكل بالاجارة او البيع فابرأ من عليه الاجرة ، فان كان بعد بعد المدة جازت البراءة ويغرم الوكيل للموكل الاجرة في قول ابي حنيفة ومحمد .

٣٦٧٣ ـ وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى البراءة باطلة ولا يبرأ من الدين .

٣٦٧٤ ـ وكذلك الوكيل بقبض الدين ، لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد .

فصل

الوكالة بالصلح على قصاص

٣٦٧٥ ـ ومن له قصاص اذا وكل بالصلح وكيلا فصالح على قليل او كثير

جاز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٧٦ ـ وان كان وكيل المطلوب فزاد على الدية فان لم يضمن يجوز على الموكل ايضاً وان ضمن يجوز على نفسه .

٣٦٧٧ ـ ولا يجوز عندهما الا بمقدار ما يتغابن فيه .

فصـــــل

الوكالة بالصلح في شجة

٣٦٧٧ ـ فان وكل رجلا بالصلح في شجة ادعيت قبله ، فصالحه الوكيل عن الجناية بالدية ، فان بريء من الشجـــة لم يجز ، وان مات فهو جائز على الوكيل ، وان كان ضمن فلا يجوز على الموكل .

٣٦٧٩ ـ وان كان الوكيل صالح عن الشجة وما يحدث منها الى النفس على خمسمائة ، والشجة موضحة خطأ ثم بري من الشجـــة فان المشجوج يرد تسعة اعشار المال ونصف عشرة ويسلم له نصف العشر ان كانت الشجة موضحة .

٣٦٨٠ ـ وهذا قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

٣٦٨١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الصلح جائز عـــلى الموكل ولا يرد شيئاً .

فصـــــل

الصلح على الدم

٣٦٨٢ ـ وان صالح على الدم على عبدين فاذا احدهما حر فله الباقي وحده عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

٣٦٨٣ ـ وقال ابو يوسف له الباقي وقيمة الحر لو كان عبدا .

٣٦٨٤ ـ وعند محمد رحمه الله تعالى له الباقي والزيادة الى تمام الارش.

فصــــل

باع جارية وكّل ببيعها بقيمتها فزادت

٣٦٨٥ ـ واذا وكل رجلا ببيع جارية وقيمتها الف درهم ، والوكيل بالخيار فزادت قيمتها وصارت تساوى الفين فاجاز الوكيل البيع او مضى الثلاث فالبيع جائز في الوجهين جميعاً عند ابي حنيفة لانه تعتبر القيمة في الجواز .

٣٦٨٦ ـ وقال محمد البيع باطل في الوجهين جميعاً كزيادة القيمة وحصول المعنى المفسد .

٣٦٨٧ ـ وعند ابي يوسف : ان اجاز البيع لم يجز ان سكت حتى مضت المدة جاز لأن مضى المدة من غير فعله ، والاجازة فعله .

فصــــل

٣٦٨٨ ـ ولو وكل رجلا بشراء عبد فاشتراه بحنطة او شعير ، فان كان بعينه فهو مخالف والشراء لنفسه في قولهم جميعاً ، وان كان ذلك في الذمة موصوفاً جاز الشراء للامر عند زفر ، وهو قول ابي حنيفة الاول .

٣٦٨٩ ـ وعندهما رضي الله تعالى عنهما يكون مشتريا لنفسه ، وهو قوله الثاني الآخر .

فصــــل

اشترى بنقصان أو باع بزيادة

٣٦٩٠ ـ ولو وكله ان يشتري له شيئاً بالف درهم ، او يبيعه بالف فاشترى

بنقصان وباع بزيادة فانه يجوز عند الثلاثة من اصحابنا .

٣٦٩١ ـ وقال زفر لايجوز .

فصـــــل

التوكيل بقبض معين

٣٦٩٢ ـ ولو وكله بقبض شيء بعينه من رجـل فان اعطاه اياه قبضه ، وان منعه فليس له ان يخاصمه فيه .

فصـــــل

التوكيل بحمل امرأة الموكل إليه

٣٦٩٣ ـ وان وكله بان يحمـــل اليه امرأته او عبده فأقامت الزوجة البينة بالطلاق والعبد بالعتاق لم يكلف الخروج (١) واوقف الحكم ولم يقض على الغائب عندنا .

وقال الشافعي يقضى عليـــه

فصـــــل

٣٦٩٤ ـ وانوكله بقبض الدين فاثبت المدين الابراء ، ولو كانوكيلا بقبض دين على رجل فاقام الغريم بينة بانه ابرأة منه قبل عنـــد ابـي حنيفة وبرىء الغريم .

٣٦٩٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لايبرأ ويوقف كالاول .

---

(١) في النحتين : الاحراج

فصـــــل

اختلاف الوكالة بقبض الدين عن غيرها

٣٦٩٦ - وقال ابـو حنيفة : الوكالة بقبض الدين ليست كالوكالة بقبض شيء بعينه ، وانما هي داخلة في باب المبادلة ، فهي كالوكالة بالبيع ومن اصحابنا من قال : تسمع البينة فيما هو بعينه ، وفيما ليس بعينه وانه خصم اذا وكل بالقبض .

فصـــــل

٣٦٩٧ - واذا وكل بالخصومة كان له ان يقبض عند علمائنا الثلاثة .

٣٦٩٨ - وقال زفر - رحمهم الله تعالى - ليس له ان يقبض الا باذنه (١)

٣٦٩٩ - وهو قول الشافعي -رحمه الله تعالى ولا يحتاج عند الجميع الى الايعد بينة بالوكالة على كل خصم اذا كانت عامة في كل حق قبل الناس .

٣٧٠٠ - فلو قبض وتلف ضمن ولم يبرأ الغريم .

٣٧٠١ - وعند الثلاثة لم يبرأ .

فصـــــل

٣٧٠٢ - ولو قدم الوكيل رجلا وادعى عليه حقا لموكله واقام بذلك بينة فشهدت بالدين والوكالة معا ، فمن اصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان : القياس انلا يقبل البينة الا ان تشهد بالوكالة اولا ثم بالدين .

---

(١) في نسخة قليج : بأذنه وقوله .

وهو قول زفر ، والاستحسان ان يقبل ذلك ، حكى ذلك ابو موسى في مختصره في الوكالة .

٣٧٠٣ ـ وقال الخصاف في ادبه للقضاء على قول ابي حنيفة لا يقبل حتى تثبت الوكالة اولا ، لانه ليس بخصم عن صاحب المال الا بعد اثبات الوكالة .

٣٧٠٤ ـ وقال ابو يوسف تقبل الشهادة على الامرين جميعاً .

٣٧٠٥ ـ وكذلك الوصي ذلك .

٣٧٠٦ ـ وكذلك الوارث يدعي ان اباه مات ولا وارث له غيره ، وان له على هذا الرجل اوفي يده ضيعه ويثبت الوفاة والميراث ببينة واحدة .

فصل

ادعاء وكالة عن غالب

٣٧٠٧ . ولو ادعى (١) وكالة عن غائب واراد اثباتها عند القاضي لم يجز الاان يكون معه خصم حاضر ، يدعى عليه حقا ، لانه قضاء على غائب .

٣٧٠٨ ـ وقال ابن ابى ليلى تسمع ببينة ويحكم له بالوكالة وان لم يكن معه خصم .

٣٧٠٩ ـ وهو قول الشافعي .

٣٧١٠ ـ وان كانت وكالة على رجل معين لم يكن له ان يخاصم غيره .

فصل

٣٧١١ ـ وان وكله عند القاضي ثم غاب كان له ان يخاصم في سائر الحقوق

(١) في نسخة المعهد ومنيخ: وقال اصحابنا لو ادعى .

التي جعلها اليه اذا كان القاضي يعرفها جميعا .

فصـــــل

٣٧١٢ ـ وان كان لايعرف الموكل فقال الوكيل انا احضر بينة تعرفه فانـــه لايسمع ذلك لأنه لاخصم معه .

فصـــــل

٣٧١٣ ـ وان احضر خصماً بينة ان الذي وكله فلان الفلاني ، وانه له حقاً على هذا ، أنفذ له الوكالة وحكم بها .

٣٧١٤ ـ وقال اصحابنا له ان يكتب بوكالته الى غيره من القضاة .

فصـــــل

٣٧١٥ ـ واذا اقر الوكيل باستيفاء الحـــق وتسليمه الى الموكل قبل اقراره ، وان وهبه الحق او تصدق بـــه عليه لم يجز على الموكل ، وضمن الوكيـــل .

فصـــــل

٣٧١٦ ـ وعند زفر والشافعي الوكيل بالقبض لايكون وكيلا بالخصومة ، والوكيل بالخصومة لايكون وكيلا بالقبض .

فصـــــل

٣٧١٧ ـ ومن ادعى انه وكل رجلا وانه وكله بقبض ما على رجل مـن الحق

فصدقه الرجل في الوكالة والدين امره القاضي بدفع ذلك اليه عندنا .

٢٧١٨ - وعند الشافعي لايأمره بالدفع اليه ولا يجب الدفع كما لو ادعى قبض عين في يده .

٢٧١٩ وقد روى عن اصحابنا في العين رواية اخرى انه يجب عليه الدفع .

٢٧٢٠ . وقالوا جميعاً انه لو ادعى الوصية وصدقه لم يجب عليه الدفع حتى يثبت بالبينة الموت والوصية .

٢٧٢١ - وقالوا : لو ادعى ان اباه مات وانه وارثه لاوارث له غيره لزمه الدفع اليه .

فصـــــل

إنكار الغريم

٢٧٢٢ - فان حضر الغريم وانكر الوكالة كان لمن عليه الدين ان يحلفه بالله تعالى ماقبض بامرك ووكالتك له .

٢٧٢٣ - فان حلف يرجع الغريم عليه بالدين ويرجع الغريم على الوكيل بما قبض ان كان باقيا في يديه .

فصـــــل

٢٧٢٤ - فان ادعى الوكيل انه سلمه الى الغريم اوضاع منه فالقول قولـــه عندنا في براءة نفسه ، ومن اصحاب الشافعي من قال لايبرأ ويضمن الا ان يقيم بينة بالدفع الى الموكل فلاشيء عليه .

فصـــــل

ادعى الوكالة والدين

٢٧٢٥ - فان ادعى الوكالة والدين فأقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب

الوكيل يمينه انه مايعلم انه وكيل فلان بقبض ماله ، فان ابا حنيفة رحمه الله تعالى روى عنه لايحلفه .

٣٧٢٦ ـ وقال ابو يوسف يحلفه ما يعلم ان الطالب وكله بقبض ماله عليه .

٣٧٢٧ ـ واختلفت الرواية عنهم في الوارث هل يحلف ام لا ؟

فان حلف الغريم فلا شيء عليه ، وان نكل عن اليمين امره بدفع المال ولا يكون ذلك قضاء على الغائب .

فصـــل

أنكر الدين وأقر بالوكالة

٣٧٢٨ ـ وإن أنكر الدين وأقر بالوكالة ، وأراد الوكيل أن يقيم البينة على الدين لم يقبل القاضي ذلك ، ولايكون وكيلا ، ولا يثبت الحق ببينة الا بعد اثبات الوكالة من الموكل .

فصـــل

الوكالة المشروطة

٣٧٢٩ ـ وان وكله بان لايقر عليه بحق ولا يبطل له حقاً ولا يعدل شاهداً جاز ذلك على ماشرط بلاخلاف في ذلك من الناس .

فصـــل

خروج الوكيل من الخصومة

٣٧٣٠ ـ وكل وكيل اقر على موكله بما يبطل حقه خرج من الخصومة باتفاق وكان للموكل ان يطالب بحقه بنفسه او بغيره عند من لم يجز اقراره

عليه من الناس على ماتقدم بيانه .

فصـــل

٣٧٣١ ـ وحكى ابو الليث عن ابي يوسف رحمها الله تعالى انـــه اجاز وكالة الحاضر للنساء ومنع في الرجل ، وان ابن ابي ليلى اجاز ذلك للبكر دون الثيب والرجل في خلافه لاصحابنا (١)

فصـــل

توكيل اثنين

٣٧٣٢ ومن وكل اثنين بالخصومة او قضاء ديونه جاز لأحدهما فعل ذلك عند علمائنا الثلاثة .

٣٧٣٣ ـ وقال زفر رحمهم الله تعالى لايجوز الا ان يجتمعا على ذلك .

٣٧٣٤ ـ واتفقوا على انه لو وكلها بالقبض لم يقبضا الا جميعاً .

فصـــل

الوكيل أمين

٣٧٣٥ ـ والوكيل امين فيما فى يده ، والقول قوله فى ضياع المال وتلفه ورده على صاحبه لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف .

فصـــل

الوكالة ببيع سلعة

٣٧٣٦ وان وكله ببيع سلعة فباعها وقبض ثمنها فتلف الثمن ثم استحق

(١) المقصـــود بهذه العبارة على مايظهر كتاب مختلف الرواية لأبي الليث السمرقندي .

المبيع رجع على الوكيل ثم رجع الوكيل على الموكل .

٣٧٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى يرجع على الموكل لان البيع له وقع .

فصـــل

هل للوكيل أن يوكل غيره؟

٣٧٣٨ وليس للوكيل ان يوكل غيره بمطلق الوكالة عنه (١)

٣٧٣٩ قال ابن ابي ليلى يجوز له ان يوكل بمطلق الوكالة له ، واتفق الجميع على انه لو قال افعل ما ترى او اجاز ما صنع فله ان يوكل من شاء .

٣٧٤٠ - وقال اصحابنا : لو باع بحضرة الموكل واجاز ماصنع جاز وكان كأنه هو الذي تولى ذلك .

٣٧٤١ - وقال زفر لايجوز .

فصـــل

٣٧٤٢ - واذا جعل اليه ان يوكل غيره ومات صاحب الحق بطلت الوكالة منهما جميعاً ، فاذا مات الوكيل الاول فالثاني على وكالته، وكذلك ان اخرج الموكل الاول فالثاني على وكالته .(٢)

٣٧٤٣ - وان اخرج الوكيل الاول الثاني من الوكالة فهو اخراج .

فصـــل

٣٧٤٤ - ومتى ثبت الحق على المطلوب وقال : حلف الوكيل انـــه لايعلم ان الطالب قبض حقه مني، فلا يمين على الوكيل ، وان قال : اريد يمين الطالب حتى اسلم الى الوكيل قيل له : ادفـــع الى الوكيل واتبع

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ - ١٠٩

(٢) هذا معناه ان الوكيل الثاني يعد وكيلا للموكل .

الطالب واستحلف ، لأن اليمين لا تجب على الوكيل .

فصـــــل

٣٧٤٥ - وقالوا لو وكل رجلين بطلب حقوقه والخصومة فيها ، فحضر احدهما ومعه خصم فهو وكيل في خصومته وإثبات الحق عليه ، الا انه لا يقبض دون صاحبه ، حكى الخصاف ذلك من غير خلاف ، وهو على الخلاف المتقدم بلا شك فيه ، والله تعالى اعلم .

باب
ما يبطل الوكالة

٣٧٤٦ - اتفق أصحابنا رحمهم الله تعالى على أن الوكالة تبطل بموت كل واحد منهما ، وانها لا تورث .

فصـــــل

٣٧٤٧ - وان بـــاع الموكل ما وكل عليه بيعه بطلت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك لانه زال ملكه منه (١)

فصـــــل
عزل الوكيل وهو لا يعلم

٣٧٤٨ - وان عـــزل الوكيل وهو لايعلم لم ينعزل عندنا وكذلك ان عزل

(١) يمكن تعميم حكم هذه القاعدة بأن نقول اذا قام الموكل بايقاع ما وكل به انقضت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك .

نفسه بغير علم الموكل فهو على وكالته حتى يعلم .

٣٧٤٩ ـ خلاف الشافعي رحمه الله تعالى في الفصلين جميعاً .

فصـــــل

جنون الموكل وردته

٣٧٥٠ ـ ولو جن الموكل جنوناً مطبقا او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة وان رجع الموكل مسلما لم ترجع الوكالة .

فصـــــل

جنونه ساعة

٣٧٥١ ـ ولو جن ساعة لم يخرج وكيله لأنه بمنزله النوم والاغماء، والقياس يوجب خروجه من للوكالة (١).

فصـــــل

ارتداد الوكيل

٣٧٥٢ ـ وكذلك الوكيل لو كان هو المرتد فقد خرج من الوكالة ،

٣٧٥٣ ـ وقال محمد بن الحسن : يعود وكيلا اذا عاد مسلما لأن ملكه لم يزل عن شيء كما زال ملك الموكل .

فصـــــل

علم القاضي بالوكالة

٣٧٥٤ ـ واذا علم القاضي بأنه وكيل انفذ له الوكالة وأمر الخصوم ان يدينوا له، كذلك ان علم بالعزل صرفه من الوكالة لان علمه طريق الى اثبات الحق كالبينة.

---

(١) الظاهر وجوب التفرقة فان جنون ساعة ممن لم يعهد منه جنونه من قبل لايعد جنوناً ما لم يثبت كونه مقدمة جنون لاحق وعرضا من اعراضه ، والافهو توتر عصبي عارض فقياسه على النوم والاغماء وغيرهما من العوارض الطبيعية الموقتة صحيح، اما جنونه ساعة ممن عهد منه جنون سابق فالقياس حمله على الجنون لانه نوبة متجددة .

٣٧٥٥ - هذا اذا علم بذلك بعد الولاية وفي عمله وان كان في غير عمله وقبل ولايته لم يحكم بعلمه ،

٣٧٥٦ - وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى من غير خلاف عنه .

٣٧٥٧ - وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم رحمهم الله تعالى : ذلك كله سواء ، ويجوز الحكم بما عليه في جميع (الامور) الا الحدود خاصة .

٣٧٥٨ - وحكى ابو موسى في مختصره بان من أصحابنا من قال يحكم بما علمه في الحدود أيضاً ، وحكى ان مالكاً قال لايحكم بعلمه في شيء اصلا .

٣٧٥٩ - وقد حكينا عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه قال ذلك ايضا ، وانه قال اذا قال الحاكم ان هذا قد اقر عندي بالزنا فارجموه لم يسع الناس ذلك ولم يرجم ، قال وليس هذه الطاعة لمخلوق بعد النبي محمد صلى الله عليه وسلم ، والزمه اصحابنا انه لايجوز قضاء قاض حتى يكون معه شاهدان ويذكران معه في العهد .

فصـــــل

٣٧٦٠ - وكل من لا يقضي له القاضي الابعد ان يحلف المدعي فان الوكالة به لاتصلح وهذا كالرد بالعيب ، واخذ الشفعة ، واستيفاء ما يحكم به علـى الميت ، وهذا يجيء علـى قول ابي يوسف ، ومـا روى عـن ابي حنيفة .

٣٧٦١ - وذكر في الخصاف مسألة الرد بالعيب انه لاتصح الوكالة به مـن غير خلاف ذكره .

٣٧٦٢ - وذكر الطحاوي مسأله العيب والشفعة وذكر الخلاف في ذلك أنه لايحكم له حتى يحلف عند أبي يوسف ، وعند ابي حنيفة يحكم الا أن

يطلب الخصم ليحلف ، ولا يحلف من غير طلب في رفد مضل الايمان من هذا الكتاب .

٣٧٦٣ ـ وكتاب الوكالة من الكتب الكبار ، وفيه كل مسألة عجيبة من المسائل ، وفي الذي ذكرته مسائل الخلاف وبعض ما تمس الحاجة لئلا يطول الكتاب.

٣٧٦٤ ـ واذ قد ذكرنا الوكالة وكانت تستفاد من جهة الامر واختصت بحال الحياة وكان يحتاج الى التصرف بعد الموت (بالوصية وجب) ذكر ذلك .

كتاب الوصايا[1]

وهذا كتاب الوصايا

الحاجة إلى الوصية

٣٧٦٥ - اعلم ان الحاجة داعية الى الوصية ، مثل ما دعت الى الوكالة في حال الحياة لان الانسان يحتاج الى أشياء يفعلها بعد موته ، يكون فيها لنجاته من ربه في معاملاته ، وقضاء ديونه ، وما عليه من النذور والقروض التي تركها ، اما عمداً او سهواً ، او اغتراراً بالحياة وسكونا الى البقاء .

سند الوصية من السنة

٣٧٦٦ - وقد وصى النبي (ص) والائمة الراشدون بعده ، فاوصى النبي (ص) الى علي ، وابو بكر الى عمر وعمر الى اصحاب الشورى ، ووصى الى الزبير سبعة من اصحاب النبي (ص) منهم عثمان والمقداد وعبدالرحمن

(١) جاء في لسان العرب في مادة (وصى) : اوصى الرجل ووصاه عهد اليه . . . وأوصيت له بشيء واوصيت اليه اذ جعلته وصيك واوصيته ووصيته ايصاء وتوصية بمعنى . وتواصى القوم اوصى بعضهم بعضا ، وفي الحديث واستوصوا بالنساء خيراً فانهن عندكم عوان ، والاسم الوصاة والوصاية والوصاية والوصية ايضاً ما اوصيت به ، والوصي : الذي يوصي والذي يوصـى له وهو من الاضداد .

بن عوف وابن مسعود فكان يحفظ عليهم اموالهم وينفق على ايتامهم من ماله .

فصـــــل

حديث سعد

٣٧٦٧ - وروي ان سعداً (١) اشتكى عام الفتح فجاءه النبي صلى الله عليه وسلم يعوده فقال يارسول الله ان لي مالا كثيراً وليس يرثني الاابنتي افأوصي بمالي كله ؟

فقال : لا

فقال فبالشطر منه ؟

فقال لا

فقال فبالثلث ؟

قال :

=ابن سيده : الوصي : الموصي والموصى ، والانثي وصى ، وجمعهما جميعاً اوصياء ، ومن العرب من لايثنى الوصى ولا يجمعه .

الليث : الوصاة كالوصية .

وقوله عز وجل : (يوصيكم الله في اولادكم)ومعناه يفرض عليكم لأن الوصية من الله انما هي فرض ، والدليل على ذلك قوله تعالى (ولاتقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ، ذلكم وصاكم به) وهذا من الفرض المحكم علينا .

(١) خرج هـذا الحديث في كتاب الاثار لأبي يوسف بالفاظ متقاربة (الرقم ٧٨٣) وروى فيه اثر آخر يعضده عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم أنه قال « ليس للميت من ماله الا الثلث » واخرج الحديث =

الثلث والثلث كثير ، لأن تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس .

فقه خبر جواز الوصية بالثلث

٣٧٦٨ - وفي هذا الخبر من الفقه :

جواز اعادة المريض

والثاني يدل على جواز اقتناء المال الكثير

والثالث انه لاتجوز الوصية بما زاد على الثلث

والرابع ان الثلث في حيز الكثير الجائز

والخامس ان النهي عن الوصية أنما هو لاجل الورثة

والسادس ان غنى الورثة امر مندوب اليه عن الناس (١)

ففيه هذه الوجوه كلها .

= الاول الامام محمد بن الحسن الشيباني ايضا في الاثار عنه وقال : وبه نأخذ، لاتجوز الوصية لاحد باكثر من الثلث ، فان اوصى باكثر من الثلث،فاجاز ذلك الورثة بعد موته فهو جائز ، وليس للوارث ان يرجع فيما اجاز ، وهو قول ابي حنيفة ، واخرجه في الموطأ عن مالك عن الزهري عن عامر بن سعد عن ابيه والهاف الى ذلك مثل ماذكر وزاد ان الورثة ان ردوا رجع ذلك الى الثلث ، لان النبي (ص) قال : الثلث والثلث كثير فلا يجوز لاحد وصية باكثر من الثلث الا ان يجيز الورثة ، وهوقول ابي حنيفة والعامة من فقهاء الحنفية .

(١) كذا سياق الجملة في النسختين والاصواب غناء الورثة عن الناس أمر مندوب اليه .

آثار أخرى في الوصية

٣٧٦٩ ـ وروى ابن عمر عن النبي (ص) أنه قال : مامن حق أمرىء مسلم يمر عليه ليلتان وله شيء يوصي به الاووصيته مكتوبة عند رأسه
وروى ان النبي عليه السلام قال :
ان الله تعالى جعل لكم ثلث اموالكم فى آخر اعماركم ، وقد روى عن النبي عليه السلامانه قال : لاوصية لوارت الا انيجيزها الورثة رواه عمرو بنخارجة (١)وابوامامةالباهلي(٢) ورواه الحسنبالزيادة الا ان يجيزها الورثة وأولئك بغير زيادة (٣)

(١) جاء في اسد الغابة (١٠٢/٤) :
عمرو بن خارجة بن المنتفق الأسدي حليف أبي سفيان بن حرب وقيل خارجة بن عمرو والاول اصح ، يعد في الشاميين ، روى عنه عبد الرحمن بن غنم الاشعرى . (روى عنه) انهقالخطبنا رسول الله(ص) بمنى وهو على ناقته واني لتحت جرانها ولعابها يسيل بين كتفي ، وانها لتقصع بجرتها يقول :
ـ ان الله عز وجل قد اعطى كل ذي حق حقه من الميرث ، ولا وصية لوارث ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، اخرجه الثلاث .
(٢) هو صدى بن عجلان بن الحارث وقيل عجلان بن وهب ابو امامة الباهلي السهمي . جعله بعضهم في بني سهم من باهلة وخالفه غيره ولم يختلفوا انه من باهلة . غلبت عليه كنيته ، سكن مصر ثم انتقل فسكن حمص ومات بها سنة (٨١) أو ٨٦ هـ وكان من المكثرين في في الرواية واكثر حديثه عند الشاميين ومما روى عنه فى الاحاديث انه سمع يقول : « سمعت رسول الله (ص) يقول : =

فصـــــل

٣٧٧٠ - والوصية بالثلث جائزة على الورثة وان سخطوا وان كان يضيرهم، والمستحب ان كانوا فقراء ان لايوصي بشيء لغيرهم .

ــ اكفلوا لي بست اكفل لكم الجنة :
إذا حدث احدكم فلا يكذب .
واذا أوتمن فلا يخن .
واذا وعد فلا يخلف
غضوا ابصاركم
وكفوا ايديكم
واحفظوا فروجكم،
وعن سليمان بن حبيب المحاربي قال :
دخلت مسجد حمص فاذا مكحول وابن ابي زكريا جالسان،
فقال مكحول :
لو قمنا الى ابي امامة صاحب رسول الله(ص)فأدينامن حقهوسمعنامنه،
قال : فقمنا حتى اتيناه، فسلمنا عليه، فرد السلام ثم قال :
اندخولكم على رحمة لكم وحجة عليكم .
ولم ار رسول الله (ص) مـــن شيء اشد خوفاً على هذه الأمة من الكذب والعصبية الا واياكم والكذب والعصبية، الا وانـــه امرنا ان نبلغ ذلك عنه، الا وقد فصلناه، فأبلغوا عنا ما قد بلغناكم .(اسدالغابة ج٥ ص ١٣٨ - ١٣٩، ج٣ ص ١٦-١٧)

(٣) اجاز القانون المدني الوصية للوارث في ثلث التركة بدون اجازة سائر الورثة وجعلها فيما جاوز ذلك لاتنفذ الا باجازة الورثة م ١١٠٨ منه)

فصـــــل

متى يعتبر الثلث

٣٧٧١ ـ والثلث يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية لان الموت هـو السبب في جواز ذلك وحصول الملك به .

فصـــــل

٣٧٧٢ ـ وتفتقر الى قبول لانها عقد تبرع كالهبة، والوكالة .
٣٧٧٣ ـ ومن اصحاب الشافعي من اعتبر الثلث يوم الوصية .
٣٧٧٤ ـ فان كان له مال صحت الوصية به ، وان استفاد مالا بعد ذلك لم تصح فيه الوصية .
٣٧٧٥ ـ لانه عقد يقتضي اعتبار المال فاعتبر بحال العقد ، كما أو نذر أن يتصدق بثلث ماله، فعلى هذا اذا اوصى وثلث ماله الف فصار عند الوفاة الفين لم تلزمه الزيادة . ولو اوصى وله مال فهلك بطلت الوصية .
٣٧٧٦ ـ ومنهم من قال مثل قولنا وهو الصحيح من المذهب .

فصـــــل

جواز الوصية في ماله وفيمن يلي عليه في ماله

٣٧٧٧ ـ وتجوز وصية الانسان في ماله ومـن يلي عليه في ماله مـن ولده الصغار والكبار المجانين ، الا في تزويج الصغار فانه لايجوز .
٣٧٧٨ ـ وقد روى عن ابى حنيفة جواز ذلك
٣٧٧٩ ـ وهو قول مالك وابي ثور

٣٧٨٠ ـ وقد روى في خبر قدامه بن مظعون (١) لما زوج ابن عمر ابنة أخيه وقال اناعمها ووصي ابيها ، وذكر الخبر الى ان قال انها يتيمة،وانها لاتنكح الا باذنها ، ولانهــا ولايــة تستحق بالشرع فكان اولى مــن الوصي .

فصـــــل

ما تجوز الوصية فيه من الحقوق

٣٧٨١ ـ وتجوز الوصية في كل حق تجوز النيابة فيه عن الانسان من دين اوحج

---

(١) جاء في اسد الغابة ٤/١٩٨ ـ ٢٠٠ :

قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب القرشي الجمحي يكن ابا عمرو وقيل ابو عمر ، وهو خال عثمان بن مظعون وخــال حفصة وعبدالله ابني عمر بن الخطاب (ر) وكان تحته صفية بنت الخطاب وهو من السابقين الى الاســلام ، هاجر الى الحبشة مع اخوية عثمان وعبدالله ابني مظعون ، وشهد بدرا وسائر المشاهد مع رسول الله (ص)

قال عروة وابن شـــهاب وموسى وابن اسحق ، قال ابن عمر : توفى خالي عثمان بن مظعون فاوصى بي الى اخيه قدامة فزوجني بنت اخيه عثمان ،ودخل المغيرة بن شعبة على امها فأرغبها في المال،ورأى الجارية مــع امها ، فبلغ ذلك رسول الله (ص) فسأل قدامة فقال:

يارسول الله ! بنت اخي ولم آل ان اختار لها .

فقال : الحقها بهواها فأنها احق بنفسها فانتزعها مني وزوجها المغيرة بن شعبه واستعمل عمر بن الخطاب قدامه على البحرين وحده بعد ذلك لشربه الخمر .

او زكاة او وديعة، لانه اذا جاز ان يوصي في حق غيره فحقه اولى .

فصل

أهلية الموصي

٣٧٨٢ ـ وكل من ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة فله الوصية في وجوه القرب كلها .

فصل

٣٧٨٣ ـ والمستحب لمن وجب عليه كفارة او عبادة ان يؤدي ذلك في حال حياته ولايؤخر ذلك الى ما بعد الموت ، ويجوز (١) ان يعرض ما يمنعه من ذلك .

فصل

٣٧٨٤ ـ فان اوصى بذلك اعتبر جميع مايخرجه من القرب والحج والزكاة والكفارات من الثلث .

٣٧٨٥ ـ وقال الشافعي يعتبر من جميع المال كالدين ، وعندنا كل ذلك يسقط بالموت فلا يجب قضاؤه من التركة .

فصل

الوصية بالقرب

٣٧٨٦ ـ وان اوصي بالحج والزكاة ووجوه القرب من عتق النسمة ولانسان

من غيرهم والثلث يحتمل ذلك فلا كلام فيه ، ولاخلاف انه يجوز ، وان كان الثلث لايحتمله ولا يجيز الورثة تحاص الجميع في الثلث .

فصـــــل

ما يبدأ به من الوصية

٣٧٨٧ ـ واختلف اصحابنا فيما يبدأ به من ذلك فقال الطحاوي يبدأبالزكاة ثم الحج ثم الكفارات .

٣٧٨٨ ـ وقال ابو الحسن يبدأ بما بدأ به الموصي في اللفظ .

٣٧٨٩ ـ وقال ابو موسى في مختصره عن اصحابنا انه يبدأ بما بدأ بـــه في اللفظ الا ان يكون حجة الاسلام فانه يبدأ بها وان أخرت .

تحاص الوصية بالحج وبنسمة

٣٧٩٠ ـ وان كانت الوصية بنسمة بعينهاوالحجةحجةالاسلامفانهمايتحاصان على كل حال .

٣٧٩١ وقال عن نفسه انه يرى ان يتحاصا في هذه الوجوه كلها ، ولا ابالي حجة الاسلام كانت او النسمة بعينها او بغير عينها ، ولا انظر الى ماقدمه الموصي في اللفظ او أخره ، لان الجميع يلزم بالموت .

فصـــــل

٣٧٩٢ ـ ويعتبر الثلث يوم الموت ، ويجوز على الورثة وان كرهوا لانـــه لا خلاف في ذلك .

فصـــــل

٣٧٩٣ ـ وينبغي ان يدع مـــن الثلث شيئاً للورثة لقوله عليه السلام « الثلث

والثلث كثير ، لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » .

فصل

الوصية بما زاد

٣٧٩٤ ـ وان اوصى بما زاد على الثلث ، او لوارث ، وقف على اجازة الورثة ، فان اجازوا ذلك جاز ، وان ردوا بطل .

٣٧٩٥ ـ وللشافعي قولان فيما زاد احدهما انه لاتصح الوصية به، والثاني تصح

تكييف الوصية

٣٧٩٦ ـ وهل يكون ذلك تمليكا من جهة الميت اذا اجاز الورثة او من جهة الورثة ؟

٣٧٩٧ ـ على قولين احدهما من جهة الميت .

٣٧٩٨ ـ ويصح بلفظ الاجازة ، ويكون الولاء للميت ، ان كان ذلك عتقا .

٣٧٩٩ ـ والثاني (١) من جهة الورثة كما يعتبر فى الهبات وقبول الموصي له ذلك ، ويكون الولاء لهم ان كان عتقا دون الميت ، ويتحاصون ان كان الثلث لايبلغ ذلك

٣٨٠٠ ـ وقد روينا أنه عليه السلام قال «لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة»

فصل

هل للورثة الرجوع في الإجازة

٣٨٠١ ـ وان اجاز الورثة في حياة الموصي فلهم الرجوع بعد الموت ، لأنهم

---

(١) هذه الجملة الى كلمة (عتقا) لم ترد فى نسخة المعهد .

اسقطوا الحق قبل وجوبه ووجود سببه .

وهو قول الشافعي .

٣٨٠٢ ـ وقال ابن ابي ليلى ومالك يجوز ذلك ولا رجوع لهم في ذلك ، كما لايملكون الرجوع بعد الموت .

فصل

أوصى بثلث ولآخر بنصف

٣٨٠٣ ـ فان كان اوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بنصف ماله ، فان اجاز الورثة أخذ كل واحد ما وصى له به وان ردوا قسم الثلث بينهما بالسوية عند ابى حنيفة وزفر ، حكاه ابو موسى في المختصر ، لان السدس الزائد على الثلث قد استحقه الورثة فلا يضرب به مع انه قد بطل .

٣٨٠٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الثلث على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان ، وهو قول الشافعي ؟

وجعلوا ذلك كالعول في الفرائض والدين .

فصل

وصى بجميع ماله ولآخر بنصفه

٣٨٠٥ ـ ولو وصى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بنصفه ، فلم يجز الورثةفالثلث بينهما نصفين ، لأن كل واحد لايضرب بما زاد على الثلث في قول ابي حنيفة ، و ن اجاز الورثة قسم المال بينهما على اربعة اسهم لصاحب الجميع ، ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع عند ابي حنيفة .

٣٨٠٦ - واختلف أبو يوسف ومحمد فى تفسير قوله فقال ابو يوسف يأخذ صاحب الكل النصف بلا منازعة والنصف الباقي يقسم بينهما نصفين فيكون له ثلاثة ارباع .

٣٨٠٧ - وقال محمد يقسم الثلث بينهما بالوصية ويأخذ صاحب الكل الثلث الزائد على النصف ، ويتساويان فى دعوى السدس فيقسم بينهما نصفين فيصير له الربع ، اعنى صاحب النصف .

٣٨٠٨ - وقد ضعف هذا الطريق وهذا التفسير .

٣٨٠٩ - وعلى قولهما يقسم المال على سبيل العول فيكون لصاحب الكل الثلثان ولصاحب النصف الثلث فيقسم ذلك الى ثلاثة اسهم .

فصـــــل

وصى بالربع ولآخر بالثلث ولآخر بالنصف

٣٨١٠ - ولو وصى لرجل بربع ماله ، ولآخر بثلث ماله ، ولآخر بالنصف، فان أجازوا قسم على ثلاثة عشر سهما. لصاحب الربع ثلاثة،ولصاحب الثلث اربعة ، ولصاحب النصف ستة ، هذا قول ابى يوسف ومحمد.

٣٨١١ - وكذا يقسم الثلث على ثلاثة عشر اذا لم يجز الورثة على قولهما وعلى قول ابي حنيفة اذا لم تجز الورثة فعلى قول ابي يوسف في تفسيره لصاحب الثلث اربعة ولصاحب النصف اربعة ولصاحب الثلث ثلاثة لأنه يضرب بما زاد على الثلث فيكون الثلث على أحد عشر سهما .

٣٨١٢ - واما اذا جاز الورثة فعند ابي يوسف وطريقه يأخذ صاحب النصف السدس بلا منازعة ، وذلك سهمان من اثني عشر ، ويأخذ صاحب النصف والثلث نصف سدس وهو الزائد على الربع ، فيصير المال اربعة وعشرين لان لها سدسا ونصف السدس وهو الزائد على الربع

فيصير المال اربعة وعشرين لأن لها سدسا ونصف السدس وهو الزائد على الربع فيصير المال اربعة وعشرين لان لها سدساً ونصف سدس صحيح يبقى ما وقع عليه المنازعة وهو ستة عشر لا تصح على ثلاثة فاضرب ثلاثة في اثني عشر يكون ستة وثلاثين سهما لصاحب النصف ستة بلا منازعة ونصف سدس وهو ثلاثة بلا منازعة صاحب الثلث فيصير الجميع تسعة وله ثمانية بالقسمة فيكون الجميع الذي يصيبه سبعة عشر ولصاحب الثلث احد عشر ولصاحب الربع ثمانية ، وهذا وجه تفسير ابي يوسف عن ابي حنيفة .

٣٨١٣ - وعند محمد اذا أخذ صاحب النصف السدس بقي الثلث فيضرب كل واحد بمقدار حقه فيضرب صاحب الثلث بالثلث وصاحب النصف بالنصف وصاحب الربع بالربع فيكون لصاحب النصف بمقدار النصف وللآخر بمقدار الثلث وللآخر بمقدار الربع وتصبح المسألة من ثلثمائة واثنى عشر فيكون لصاحب النصف مائة واثنى سبعين ولصاحب الثلث ثمانين ولصاحب الربع ستين .

٣٨١٤ - وقد طعن اصحابنا في هذا القول .

فصـــــل

أوصى بثلث ولآخر بجميع ماله

٣٨١٥ - وعلى هذا لو وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بجميع ماله، فلصاحب الجميع خمسة اسداس المال ، ولصاحب الثلث السدس لانه لا ينازعه في الثلثين وقد تساويا في الثلث .

٣٨١٦ وعند ابي يوسف ومحمد ينقسم على اربعة لانهما يقسمان على القول.

٣٨١٧ - وهو قول الشافعي .

٣٨١٨ - وقد روى (الحسن) بن زياد ذلك عن ابي حنيفة حكاه ابو الليث في خلاف اصحابنا له على طريق غير طريقهما .

فصـــــل

لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه

٣٨١٩ ـ وعلى هذا لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه ، وهو يخرج من الثلث قسم بينهما على اربعة اسهم : ثلاثة اسهم لصاحب الكل والربع لصاحب النصف لتساويهما فى النصف .

٣٨٢٠ ـ وعندهما يقسم على ثلاثـة اسهم الثلثان لصاحب الجميع والثلث لصاحب النصف .

٣٨٢١ ـ وكذلك الخلاف اذا ادعى رجل داراً فى يد آخر نصفها واقام كل واحد منهما البينة قسمت على هذا الخلاف .

٣٨٢٢ ـ واتفقوا على انه يضرب كل واحد بما دون الثلث وان كثر كالربع والسدس والخمس وسائر اجزاء الثلث ، وهذا قولهم جميعاً .

فصـــــل

الإدلاء بسبب صحيح

٣٨٢٣ ـ وأصل ابي حنيفة ان كل من ادلى (١) بسبب صحيح فهو يضرب به ، والسبب الصحيح عنده كل ماكان قوياً فى نفسه لايحتاج الى معنى آخر ينضم اليه ، فعلى هذا لايضرب بما زاد على الثلث لانه يحتاج الى الاجازة والثلث لايحتاج الى ذلك لانه صحيح .

٣٨٢٤ ـ وأصل آخر انه لايضرب بما زاد على الثلث الا بالدراهم المرسلة

---

(١) دلوت بفلان اليك اى استشفعت به اليك وهو يدلى برحمه اى يمت بها (لسان العرب مادة دلا) .

وبقيمة للسه ان كان موصى بعتقه وبقيمة العبد ان كان معتقا في المرض ، وبمحاباة في البيع ان كان محاباة بـه ، وان لايضرب بما سوى ذلك .

٣٨٢٥ - وعند ابى يوسف يضرب بذلك كله .

٣٨٢٦ - وكل الوصايا عنده سواء .

٣٨٢٧ - وهو قول محمد .

وقد مضى اصلهما في ذلك .

باب ما يكون قبولاً للوصية

وما يكون رداً لها

فصـــــل

٣٨٢٨ - اتفق اصحابنا على ان الوصية اذا كانت لمعين انه يحتاج الى قبول الوصية ، وهو قول الشافعي، وان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ووجوه القرب لم يحتج الى ذلك .

فصـــــل

٣٨٢٩ - ولو اوصى الى رجل وقال لا اقبل فهو رد لها ، ولايجوز قبوله بعد ذلك لانه عقد فبطل بالرد كالبيع .

فصـــــل

٣٨٣٠ - ولو رد في غيبة الموصى ثم مات وقبل فهو جائز الا ان يخرجـه القاضي ، لان الوصية انما تتم بعد الموت فقد رد قبل ثبوت الحق .

فصـــــل

الرد برسول أو كتاب

٣٨٣١ - وان ردهـا برسول او كتاب فهـو رد لها لأن ذلك قائم مقام

لطله بالــرد .

فصـــــل

٣٨٣٢ ـ وقالوا لو لم يصل الكتاب ولابلغ الرسول ثم مات وقبل فهو وصي ذلك ليس اذا لم يبلغ .

فصـــــل

الرد في وجهه

٣٨٣٣ ـ ولا يكون رد الوصية في غىر وجهه رداً .

٣٨٣٤ ـ وقال الشافعي يكون رداً لها بناء على أصله ان علم الوكيل لايعتبر فى فسخ الوكالة .

فصـــــل

٣٨٣٥ ـ ولو اوصى لرجل فــرد ذلك وقال لااقبل ثم مات وقبــل فهو جائز .

٣٨٣٦ ـ وقال زفر : اذا رد في وجهه لم يكن اه ان يقبل بعد ذلك.لانهسقط حقه قبل وجوبه كالشفيع قبل البيع .

فصـــــل

لا رد بعد قبول الوصية بعد الموت

٣٨٣٧ ـ ولو قبل الوصية بعــد الموت لم يكن له ان يردها بعد ذلك لانها لزمت وصحت .

فصـــــل

الرد بعد الموت

٣٨٣٨ ـ ولو ردها بعد الموت ولم يقبلها فهو رد ، ولايكون له ان يقبل بعد هذا لأن الايجاب بطل بالرد كايجاب البيع .

فصـــــل

موت الموصى له

٣٨٣٩ ـ ولو مات الموصى له في حياة الموصي له او مع موته بطلت الوصية لان ذلك انما هو ايجاب بعد الموت فبطل بموت الموجب له .

فصـــــل

٣٨٤٠ ـ ولو مات الموصى ثـــم مات بعده الموصى له ولم يقبل ولم يرد فهو قبول وينتقل عند علمائنا الثلاثة .

٣٨٤١ ـ وقال زفر : يكون لورثة الموصي ولا يملكها الموصي له .

٣٨٤٢ ـ وهو قول الشافعي .

٣٨٤٣ كما لايملك البيع بموت المشتري قبل القبول .

٣٨٤٤ ـ وشبه اصحابنا ذلك بمـــن له الخيار اذا مات بطل خياره ، وملك الورثـــة ذلك ، لأن الوصية لزمت مـــن جهة الموصي بحيث لايلحقها الفسخ .

فصـــــل

الرد بعد القبول قبل القبض

٣٨٤٥ ـ وان رد القبول قبـــل القبض لم يصح رده ، لانه ملكه ملكا تاماً ،

فصار كالرد بعد القبض .

٣٨٤٦ ـ ولاصحاب الشافعي وجهان .

احدهما هذا

والثاني قالوا : يصح الرد ، وهو المنصوص ، لأنه تمليك من جهة آدمي من غير بذل فصح رده قبل القبض كالهبة .

فصـــــل

٣٨٤٧ ـ وقالوا اذا لم يرد ولم يقبل كان للورثة المطالبة بالقبول او الرد ،فان امتنع من القبول او الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينهوبين الورثة كما لو حجر ايضاً وامتنع من احيائها .

فصـــــل

موت الموصى له بعد موت الموصي

٣٨٤٨ ـ وقالوا : اذا مات بعد موت الموصى فالقبول الى وارثه والرد .

٣٨٤٩ ـ وعندنا قـــد ملكوا بموته ولا يفتقر الى قبولهم ، ولايبطل بردهم ، وقد مضت .

باب
من تجوز له الوصية ومن لا تجوز
وما يجوز الوصية به وما لا يجوز

٣٨٥٠ ـ اعلم انه قد كانت الوصية واجبة للوالدين والاقربين (١) ، وذلك

---

(١) هذا الاطلاق محل نظر فقد اشار الجصاص فياحكامالقرآن(١/١٩١) =

ملسوخ عندنا لقوله عليه السلام « لاوصية لوارث بعد قوله ان الله تعالى قد اعطى كل ذي حق حقه ، وهو قول عامة الفقهاء .

٣٨٥١ ـ وان اوصى لوارث صحت الوصية ووقفت على اجازة سائر الورثة لقوله عليه السلام الا ان يجيزها الورثة ، ويعتبر في اجازة الورثة ان يكون المجيز بـالغاً عاقلا صحيحا .

٣٨٥٢ ـ فان كان مريضاً اعتبر مايجوز من الثلث كما لو وصى بوصية .

فصـــــل

إجازة الوارث قاصره

٣٨٥٣ ـ ومن اجاز من الورثة لزم في حقه ولا يلزم من لايجيز ، لأن من اسقط حقه لزمه الحكم كالشفيع اذا اسقط من حق الشفعة .

فصـــــل

الوصية لحربى

٨٣٥٤ ـ ولاتجوز الوصية لحربى في دار الحرب وان اجازها الورثة، وان كان في دار الاسلام جازت .

٣٨٥٥ ـ وقال الشافعي يجوز فى الحالين .

٣٨٥٦ ـ لأن اختلاف الدار يمنع من ثبوت الحقوق لنا عليهم ، ولهم علينا ،

ـ الى ان كون الوصية للوالدين والاقربين كانت واجبة محل نزاع « فقال قائلون انها لم تكن واجبة وانما كانت ندباً وارشاداً ، وقال آخرون قد كانت فرضا » والظاهر ان هذه الآية كرست فى بادىء الأمر عرف العرب قبل الإسلام .

لأن الاموال (١) مباح اخذها لنا ، وفي دارنا تثبت الحقوق :

١٩٥٧ ـ والمسلم والذمي فبقي على حكم الدار فصح الوصية له .

فصـــل

الوصية لقاتل

٣٨٥٨ ـ ولا تجوز الوصية لقاتل الا ان يجيز ذلك الورثة عند ابي حنيفة ومحمد .

٣٨٥٩ ـ وقال ابو يوسف لاتجوز بحال .

٣٨٦٠ ـ وقال الشافعي تجوز .

٣٨٦١ ـ وقال مالك : ان كان قبل الجرح تجوز وان كان بعد الجرح لاتجوز لقوله لاوصية لقاتل ، وليس للقاتل شيء ، ولأن الميراث آكد حالا من الوصية وقد سقط بالقتل فالوصية اولى ، ومع اجازة الورثة تصير كسائر هبات الميت التي تقف على الاجازة .

٣٨٦٢ ـ وقال الشافعي ليس بوارث فينبغي ان تجوز الوصية له لانه كالاجنبي وتعلق بدليل الخصاب في الخبر ، ودليل الخطاب ليس بحجة عندنا(٢)

٣٨٦٣ ـ وابو يوسف رحمه الله تعالى جعل ذلك كالمراث في انــه عقوبــة للقاتل فلا يجوز .

فصـــل

الوصية بشيء أو حظ أو قسط إلخ

٣٨٦٤ ـ ومن وصى لرجل بشيء من ماله او بحظ او بقسط اوبجزء اونصيب فذلك كله سواء ، ويعطي ما احب الورثة في ذلك لان ذلك مجهول

---

(١) اي اموال الحربيين في دار الحرب .

(٢) دليل الخطاب هو ما يسمى في اصطلاح القانونيين بقياس المخالفة : وهو أصل مختلف فيه في الفقه الاسلامي كما أشار ابن رشد في بداية المجتهد ج ١ ص ٣

والوصية تثبت في المجهول كالعتاق والطلاق.

فصل

الوصية بسهم من المال

٣٨٦٥ - ولو اوصى بسهم من ماله فأبو حنيفة يقول يكون له السدس ان كانت الفريضة اقل من ستة اسهم ، وان كانت اكثر فله أحسن سهام الورثة .

٣٨٦٦ - وروى عنه انه يعطى كأحسن سهام الورثة ما لم يزد على السدس فان زاد اعطاه السدس .

٣٨٦٧ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له كاقل سهام الورثة ما لم يزد على الثلث فان زاد اعطاه الثلث .

٣٨٦٨ - وقال الشافعي هذا كله مجهول وهو مثل النصيب والجزء .

٣٨٦٩ - وروى ابو حنيفة عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فلم يدر مايدفع اليه فارتفعوا الى النبي (ص) فجعل له السدس.

٣٨٧٠ - وعن ابن مسعود نفسه مثل ذلك .

٣٨٧١ - وقال اياس بن معاوية ان السهم السدس ، والسهم عول فاضل على الفريضة واقل ماتعال به الفريضة السدس .

فصل

أوصى بمثل نصيب ابنه

٣٨٧٢ - ولو اوصى بمثل نصيب ابنه ، ثم مات ولا وارث له غير الابن ، فقد اوصى له بالنصف من ماله ، لان المثل يقتضي بالمساواة ، فان اجاز الابن اخذ النصف وان لم يجز اخذ الثلث .

فصـــــل

أوصى بنصيب ابن

٣٨٧٣ ـ وان اوصى لرجل بنصيب ابن وله بنون فالوصية باطلة، لانه اوصى بحق الغير فلا يجوز .

فصـــــل

٣٨٧٤ ـ وان لم يكن له ابن ، كان للموصى له نصيب ابن ، لو كان له، من الميراث ، لانه لم يوص بحق الغير هنا ، فتصح الفريضة ، ويزيد عليها نصيب ابن لو كان ، ثم يزيد عليها مثل النصيب الموصى له، فيكون له من جملة الثلث ، لانه وصى بمثل نصيب ابن لو كان وهـذا يقتضي مساواة الموصى له فيما يصل اليه ولذلك امثلة .

فصـــــل

الوصية بالحمل وللحمل

٣٨٧٥ ـ والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، واذا ولد ، ولما يعلم انـه كان محمولا به يوم كانت الوصية لان اكثر ما في ذالك ان يكون مجهولا وفي ذلك تعليق له بخطر وذلك لايمنع الوصية .

٣٨٧٦ ـ وقياسا على الميراث انه يثبت للحمل .

فصـــــل

٣٨٧٧ ـ ولو وصى بثلث ماله لفلان وفلان فنظر فاذا احدهما ميت وهو

يعلم او لايعلم ، فالثلث للحي منهما عند ابي حنيفة ومحمد .

٣٨٧٨ - وروي عن ابي يوسف انه قال :

ان كان يعلم ان احدهما ميت فالثلث للحي ، وان كان لايعلم بذلك فللحي نصف الثلث ، لان قوله لفلان لو سكت عليه ملك الوصية فلما زاحمه من لايصح منه المزاحمة صار كما لو قال وللحائط .

٣٨٧٩ - وكذلك اذا قال ثلث مالي لفلان وللمولى فهو للحي .

فصل

٣٨٨٠ - ولو قال بين فلان وفلان واحدهما ميت وهو بذلك عالم فللحي نصف الثلث .

فصل

٣٨٨١ - ولو قال ثلث مالي لفلان وفلان ثم مات احد الموصي لهما قبل موت الموصي ، فللحي نصف الثلث ويعود نصفه الى ورثة الموصي ، لان لفظة بين لاتقتضي الانفراد ، ولو سكت عليهما فالحي يزاحم الميت .

٣٨٨٢ - وبقول ابي يوسف قال الشافعي ، وزاد على ذلك بان قال : ولو وصى لفلان وجبريل او الجن فهو مثل مسئلتنا .

فصل

تغليب العتق عند تنفيذ الوصية

٣٨٨٣ - والمريض اذا اعتق عبداً او وهب هبة او وصى لأناس شتى او في ابواب البر مع العتق فانه يبدأ بالعتق في هذا كله ، وهو قول ابن عمر

وابراهيم وسائر اصحابنا ، لان للعتق تغليبا وسراية فهـو آكد ولا ينقض بعد ثبوته .

٣٨٨٤ ـ وقد حكى ابوموسى في مختصره ان عند بعضهم الثلث بينهم بالحصص اذا لم يحملهم الثلث .

قال ابو موسى وهو القياس والنظر

فصـــــل

٣٨٨٥ ـ وقال ابو حنيفة :

ان كان بدأ بالمحاباه ثم اعتق عبداً فالمحاباه اولى عنده ، وعندهما يبدأ بالعتق في ذلك كله على كل حال .

وان بدأ بالعتق ثم المحاباة تحاصا وعتق من العبد مقدار ما يخصه وسعى في نفسه عند ابي حنيفة ، لانه اذا بدأ بالمحاباة وجب تقديمها لان فيها معنى المفاوضة ، وقد حصل مزية التقديم باللفظ فصارت كالاقرار بالدين مع الوصية .

٣٨٨٦ ـ واذا قدم العتق فقد حصل لكل واحد مزيه فتساويا .

فصـــــل

٣٨٨٧ ـ وان اوصى ان يباع عبد بعينه مـــن رجل بمثل قيمته فان ذلك يجوز ، وان لم يكن للميت مال غـــيره لأنه قد أعطى الوارث مثل ما أخذ منه .

٣٨٨٨ ـ ولو باع عبداً يساوي ثلثمائة بمائة في مرضه فان اجاز الوارث ذلك جاز ، وان لم يجز فالمشتري بالخيار ان شاء زاد مائة اخرى وجاز له البيع وان شاء فسخ ، وشبهوا ذلك بمن اشترى ثوبا على انه ثمانية

اذرع كل ذراع بدرهم فاصيب تسعة فانه ان شاء زاد درهما واخذ الثوب وان شاء فسخ .

٣٨٨٩ ـ وقال زفر : يكون للمشتري ثلث الثوب بغير بدل اذا لم يجز الورثة وثلثه بمائة وثلثه للورثة .

٣٨٩٠ ـ وقال غير اصحابنا يجـوز البيع في نصف العبد بخمسين فتدفع الى الوارث ويدفع اليهم نصف العبد ، وان شاء المشتري ابطل وجعل ذلك فيها دوراً .

قال ابو موسى وهو القياس والنظر .

فصـــــل

٣٨٩١ ـ وان اوصى ان يحج عنه بمائة وكان الثلث لايبلغها فانه يحـــج عنه بالثلث من حيث بلغ ،

فصـــــل

٣٨٩٢ ـ وان اوصى بأن يعتق بها نسمة فأبو يوسف يجعل ذلك كالحج ويعتق عنه نسمة بما عجل الثلث .

٣٨٩٣ ـ وقال ابو حنيفة ابطل العتق وفرق بينه وبين الحج .

فصـــــل

٣٨٩٤ ـ ولو اوصى بان يحج عنه وارثه بثلثه فان ذلك لايجوز عند اصحابنا لأن فيه منفعة للوارث ويقف على الاجازة .

٣٨٩٥ ـ وقال زفر يجوز ذلك .

فصـــــل

٣٨٩٦ ـ واذا اوصى المسلم الى ذمى او حربي او مرتد او عبد او صبي فان القاضي يخرجهم من الوصية .

٣٨٩٧ ـ فان اسلم الذمى وبلغ الصبي واعتق العبد قبل الاخراج فكلهم وصى على ما اوصى الميت اليه عند ابي يوسف .

٣٨٩٨ ـ وقال ابو حنيفة إلا الغلام اذا بلغ فانه لايكون وصياً .

٣٨٩٩ ـ ولاصحاب الشافعي وجهان منهم من اعتبر ذلك المشروط يوم العقد ومنهم من اعتبر ذلك يوم التنفيذ كالشهادة .

٣٩٠٠ ـ وان تصرف الذمى والعبد قبل الاخراج نفذ تصرفهم ، ذكر الخلاف الخصاف لان المانع اذا زال قبل الاخراج صار كأنه ابتدأ العقد ، ولا يرجعون بعد الاخراج لان العقد اذا بطل لم يعد .

فصـــــل

٣٩٠١ ـ فان كان الذمى وصيا فى حق مثله جازت الوصية ، وليس للحاكم اخراجه ولاصحاب الشافعي وجهان :

احدهما هذا

والثانى لايجوز بناء على ان شهادته لاتجوز فى حقه وعندنا يجوز ان يكون وليا فكان وصيا كالمسلم .

فصـــــل
الوصية إلى إمرأة

٣٩٠٢ ـ وتجوز الوصية الى المرأة لأن عمر وصى الى حفصة في صدقته ماعاشت فان ماتت فهي الى ذوي الرأي من اهلها :

فصـــــل

الوصية إلى الأعمى

٣٩٠٣ - وتجوز الوصية الى الاعمى لأن عقوده تجوز عندنا .
ولأصحاب الشافعي وجهان :
احدهما هذا والثاني لاتجوز .

فصـــــل

٣٩٠٤ - واذا اوصى لرجل فتغير حاله بعدالموت ، فان كان لضعف ضم اليه معين امين وان لغير بفسق او جنون بطلت الوصيةفي الجنون واخرجه الحاكم في الفسق .

٣٩٠٥ - وقال الشافعي بطلت ويقيم الحاكم غيرهما في الفسق والجنون .

فصـــــل

أوصى إلى عبده

٣٩٠٦ - واذا اوصي الى عبده والورثة صغار جازت الوصية ، وان كان فيهم كبير لم يجز عند ابي حنيفة

٣٩٠٧ - وقال ابو يوسف ومحمد لاتصح الوصية اليه ، وقال ابو يوسف تصح ذكر الخلاف الخصاف .

٣٩٠٨ - لانه غير مكلف كالمجنون اذا جعله وصيا بعد الافاقة(١)

---

(١) في نسخة قليج لم ترد العبارة الاخيرة من هذه الفصل من بعـــد قوله « وقال ابو يوسف تصح الخ » وانما وردت العبارة الاتية : —

فصـــل

٣٩٠٩ ـ واذا قال : اذا كبر ابني فهو الوصي لي ، او وصى الى رجل وقال اذا كبر ابني فهو الوصي ، قال ابو حنيفة لاتصح الوصية اليه .

٣٩١٠ ـ وقال ابو يوسف تصح ، ذكر الخلاف الخصاف لانه غير مكلف كالمجنون اذا جعله وصيا بعد الإفاقة .

فصـــل

٣٩١١ ـ واتفق الفقهاء جميعا على انه اذا مات ولا وصى له ، وله اب عدل ان اباه بمنزلة الوصي ، وله ان ينفذ وصاياه ويقضي ديونه .

وقال أصحابنا : ان كان عليه دين لم يكن للاب ان يبيع من التركة شيئا لأن ذلك للفقراء .

٣٩١٢ ـ وقالوا في الصبي المأذون له اذا ركبه دين ومات ، والدين يحيط بما خلف ، لم يكن للأب ان يبيع ماله ، وكذلك العبد المأذون اذا مات او حجر عليه لايجوز تصرفه فيما في يديه مع الدين لأن الحق للفقراء في ذلك .

فصـــل

شراء الوصي من التركة

٣٩١٣ ـ ولايجوز شراء الوصي من التركة شيئا لنفسه ، فان كان ذلك حظا للصبي والورثة جاز عند ابي حنيفة.

= » وهو قول الشافعي لانه لاولاية عليهم لهم (كذا) مع الصغر وفي الكبير بخلاف ذلك «

٣٩١٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لايجوز ورجع ابو يوسف وقال : ان كان خيراً جاز ، حكى الرجوع الخصاف .

فصـــــل

٣٩١٥ ـ وان باع احد الوصيين صاحبه لم يجز عند ابي حنيفة .

٣٩١٦ ـ وقال ابو يوسف يجوز اذا لم يحابه ، لان عقده لنفسه لايصح .

فصـــــل

٣٩١٧ ـ ولا يجـــوز ان يوصي الى عبد غيره ولا مدبره لان عليهما ولاية لغيرهما فلايليان .

فصـــــل

٣٩١٨ ـ وان اعتق قبل الاخراج جاز لانه لاولاية عليهما .
ويجوز ان يبتدئ الوصية اليهما .

فصـــــل

وصية لم تقرأ على الشهود

٣٩١٩ ـ واذا اوصى رجل بوصية وكتب ذلك في كتاب وقال للشهود: «اشهدوا علي بذلك» ولم يقرأ عليهم ولاعلموا ما فيه فالشهادة باطلة .

٣٩٢٠ ـ وهو قول ابراهيم وغيره من الفقهاء .

٣٩٢١ ـ وقال عبدالملك بن يعلى قاضي البصرة يجوز ذلك لأنه لايعلم بما شهدرا والشهادة يعتبر فيها علم الشاهد .

فصـــــل

٣٩٢٢ . وان قرأ عليه ، فقال الشاهد يشهد عليك بما فى هذا ؟ فاومى برأسه ان نعم ، لم يجز الا ان يكون اخرس ، ويكون له اشارة تعرف ، فيجوز ذلك عند اصحابنا لأن الاشارة قائمة مقام النطق .

٣٩٢٣ . وحكى ابو موسى في المختصر ان غير اصحابنا قالوا لايجوز وهـــو القياس والنظر في ان الاشارة لايستدل بها على العلم .

باب

ما ليس للوصي فعله في مال اليتيم

فصـــــل

إقراض مال اليتيم

٣٩٢٤ - وقالوا ليس للوصي ان يقرض شيئاً مـــن مال اليتيم ، فان فعل فهو ضامن لانه تبرع بماله كالهبة .

فصـــــل

إقرار الوصي على الميت إلخ

٣٩٢٥ ولايجوز اقرار الوصي على الميت ولا بشيء فى يده من التركة ولا يبرئ غريما ولا يحط عنه ، ولا يؤجل ماعليه ، ولا يصالح من حق الميت على انسان ولا يصالح عن الميت في حق يُدَّعى عليه بغير بينة أو حكم حاكم ، ويجوز ان كان ثابتا ، لأنه حط عن الميت .

فصــــل

هل تدخل الوصية في ملك الورثة؟

٣٩٢٦ ـ والوصية اذا بينها ملكها الموصى له بموت الموصى ، فلم تدخل في ملك الورثة ، ويكون النماء كله له ، لأنه تمليك بالموت كالميراث .

٣٩٢٧ ـ وقال الشافعي يكون مودعا وهوقولنافيما زاد على الثلث ، فان أجازوا ذلك ملكه بالموت ، وان ردوا تبين انه لم يملك .

فصــــل

أوصى لقرابته

٣٩٢٨ ـ واذا اوصى لقرابته لايدخل الوالد والولد في الوصية ، ويدخل ابن الابن واولاده في الوصية ، عند محمد ، ذكره في الزيادات . وعند ابى حنيفة وابي يوسف رحمهم الله تعالى(١) وزفر رحمه الله تعالى ويترتب ذلك عنده الاقرب فالاقرب .

٣٩٢٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى من يجمعه واياه اقصى اب في الاسلام لانه حقيده (٢) انعقدت الاحكام .

٣٩٣٠ ـ وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يدخل فيه كل ذي رحم ، ولا يعتبر الاقرب ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى .

---

(١) ورد في هامش نسخة قليج (وفي نسخة منيخ) بعدهذه العبارة لايدخلون ذكره الحسن وقول ابي يوسف في أول فصل وذو الرحم كل من يرثه اثنان فصاعداً ابـي حنيفة وزفر .

(٢) في نسخة قليج (حينئذ) .

فصـــــل

٣٩٣١ ـ وإذا اوصى بثلثه لانسبائه فانه يدخل فيه من يناسبه من قبل الرجال ومن قبل النساء لان الاسم يقع على الجميع فيدخلون فيه(١)

فصـــــل

أوصى لأهل بيته

٣٩٣٢ ـ وان اوصى لاهل بيته فاهل البيت من يناسبه الى الأب ، ويدخل فيه كل من يناسبه الى ابيه الاكبر ، نحو الرجل من بني العباس يوصى لاهل بيته فهو لكل من يناسبه الى العباس ، وكذلك بنو علي وبنو جعفر وبنو هاشم كل من ينسب الى هاشم من الرجال والنساء .

فصـــــل

أوصى بثلثه لمواليه

٣٩٣٣ ـ وان اوصى بثلثه لمواليه وله موال اعتقوه وموال اعتقهم، فالوصية باطلة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد .

---

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (نسب) :

النسب نسب القرابات ، وهو واحد الأنساب . ابن سيده . النسبه والنسب القرابة ، وقيل هو في الاباء خاصة ، وقيـــل النسبة مصدر الانتساب والنسبة الاسم .

التهذيب . النسب يكون بالاباء ويكون الى البلاد ويكون في الصناعة . . . وجمع النسب انساب . . . وناسبه شركه في نسبه ، والنسيب المناسب والجمع نسباء وانسباء . يناسب فلانا فهو نسيبه اي قريبه .

٣٩٣٤ ـ وعن ابي يوسف لمواليه اللذين اعتقهم .

٣٩٣٥ ـ وقال الشافعي يوقف الامر حتى يصطلحوا .

٣٩٣٦ ـ وقد ذكر بعض اصحابنا في هـذه المسألة ثلاث روايات التسوية والبطلان ومثل قول ابي يوسف ، فمن ابطل يقول تصير الوصية كانه اوصى لاحد هذين وذلك مجهول فلا تصح ، كما لو وجب لاحدهما البيع بغير عينه .

فصل

٣٩٣٧ ـ وقد قالوا لو وصى لرجل بثلث ماله او لفلان فهو باطل عند ابي حنيفة وزفر .

٣٩٣٨ ـ وقال ابو يوسف ان اصطلحا فالوصية لها .

٣٩٣٩ ـ وقال محمد الخيار الى الورثة يعطون ايهما شاؤا .

فصل

٣٩٤٠ ـ ولو وصى بثلث ماله في سبيل الله ، قال ابو يوسف : سبيل الله العدو ، وقال محمد ان اعطى الوصي حاجاً منقطعا جاز ، واحب الي الى ان يجعله في السبيل ذكر الخلاف ابو الليث .

فصل

٣٩٤١ ـ وقالوا لو كان اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقهم ابوه وقد مات ابوه فالوصية لهم جميعاً لأن الكل موال له ، لانه ورث ولاءهم .

٣٩٤٢ - وعن ابي يوسف الثلث لمواليه خاصة فان لم يكن له موال فموالي ابيه .
٣٩٤٣ - وقال محمد في الجامع لاشيء لموالي ابيه .

فصل

٣٩٤٤ - ومن اوصى لقبيلة لاتحصى كتميم وعقيل فالوصية باطلة عندنا .
٣٩٤٥ - وقال الشافعي تدفع الى من احب منهم .
٣٩٤٦ - لانها مجهوله .

فصل

الوصية لبني زيد

٣٩٤٧ - ولو اوصى بثلثه لبنى زيد فالوصية لبنيه الأحياء يوم مات الموصي، ولا يدخل في ذلك الاناث ، لان الاسم لايطلق عليهم .
٣٩٤٨ - وقال محمد يدخلون لأن المذكر يغلب فى الاسم على المؤنث .

فصل

لأولاد زيد

٣٩٤٩ - ولو قال لاولاد زيد دخل البنات والبنون ولا يدخل ولد الولد مادام ولد الصلب موجودين .
٣٩٥٠ - فاذا لم يكن ولد دخل ولد البنين دون ولد البنات لان ولد البنات اولاد لابيهم .
٣٩٥١ - وقال بعض الفقهاء يدخلون لانهم يقع عليهم الاسم .

فصل

بيع التركة بالدين

٣٩٥٢ - والوصى له ان يبيع جميع التركة في الدين اذا كان الورثة صغاراً ،

وان كان فيهم كبير جاز بيعه عند ابي حنيفة .

٣٩٥٣ ـ وقالا : لايجوز في نصيب الصغار خاصة ، ومقدار الدين خاصة .

٣٩٥٤ ـ لانه يجوز بيع البعض فجاز الكل كما لو كانوا صغاراً .

باب
الوصية إلى اثنين
وما يجوز من ذلك وما لا يجوز
فصـــــل

٣٩٥٥ ـ واذا اوصى الى رجلين فليس لاحدهما ان ينفرد بعمل دون صاحبه الا الطعام والكسوة عند ابي حنيفة في رواية الخصاف في ادبه .

٣٩٥٦ ـ وقال عنه لاحد الوصيين ان يقضي ما على الميت من دين ، وليس له ان يقبض شيئا من دين الميت الا بأمر صاحبه ، وكذلك في دفع وصية بعينها الى رجـــل بعينه ، وعتق عبـــد بعينه ان يفعل ذلك احدهما جاز .

٣٩٥٧ ـ وان كان صدقة على المساكين لم ينفرد دون صاحبه .

٣٠٥٨ ـ وقال ابو يوسف فعل احد الوصيـــين جائز كفعلهما جميعاً لانـــه يتصرف بالولاية .

٣٩٥٩ ـ قال ابو موسى :

واجمع الفريقان أن لاحدهما ان يقبض الدين ويكفن الميت ويقبض هبة وهبت للطفل ويشتري ما لابد من الطعام والشراب .

٣٩٦٠ - قال : والقياس ان لايجوز شيء من ذلك الا بأمر صاحبه .

٣٩٦١ - وهذا مذهب الشافعي .

٣٩٦٢ - والخلاف اذا اوصى اليهما معاً يتحقق .

فصـــــل

٣٩٦٣ - واذا اوصى الى رجل في شيء بعينه والى آخر في غير ذلك الشيء فهما شريكان في الاشياء كلها في قول ابي حنيفة .

٣٩٦٤ - وقال ابو يوسف ومحمد : بل كل واحد منهما وصي فيما اوصى اليه .

٣٩٦٥ - وهو قول الشافعي .

فصـــــل

٣٩٦٦ - وكل مااوصى به الى واحد واوصى بغيره الى آخر فهما مشتركان في الوصية .

٣٩٦٧ - وقال للشافعي لكل واحد منهما ما فوض اليه ، وهو قولهما .

٣٩٦٨ - لان الولاية لا تتبعض عند ابي حنيفة .

فصـــــل

أوصى إلى رجلين فمات أحدهما

٣٩٦٩ - وان اوصى الى رجلين فمات احدهما ولم يوص الى أحـــد ، فليس للآخر ان يعمل شيئا حـــتى يرفع ذلك الى القاضي فاما ان يفرده بالوصية او يجعل معه آخر .

٣٩٧٠ - وكذلك اذا اوصى الى اثنـــين فقبل احـــدهما ولم يقبل الآخر فمثل ذلك .

فصــــل

٣٩٧١ ـ وان اوصى احدهما الى صاحبه ففيه روايتان احداهمايجوز والاخرى لايجوز لأنه فوضى الامر الى رأيين .

فصــــل

بينة وصي الغائب

٣٩٧٣ ـ واذا ادعى رجل انه وصي فلان الغايب واقام بينة حكم له بذلك ،

ولايكلف الغائب اعــادة البينة اذا حضر لان الثبــوت فــي حقهما جميعاً .

٣٩٧٤ ـ وان حضر الغايب وجحد اقام القاضي مع الحاضر آخر ، وان رأى ان يجعله وصيا فعل .

فصــــل

٣٩٧٥ ـ واذا ترك الرجل أخاً صغيراً ، ووصى الى رجل ، ولاوارث لهغيره فله بيع المتاع والعروض وما يخاف (عليه) التلف .

وليس له بيع العقار ، وهذا قول ابي يوسف واصحابنا حكاه الخصاف قال :

لايجوز شراء شراء هــذا الوصي على اليتيم الا الكسوة والطعام خاصـة .

وكذلك وصي الأم

فصــــل

٣٩٧٦ـ ولوصي الاب اذا لم يكن دين ولا وصية ، والورثة صغار وكبار ،

فبيعه لجميع التركة جائز ، فاذا كان في ذلك حظ للصغار باعه كله عند ابي حنيفة .

٣٩٧٧ ـ وقال ابو يوسف لايجـوز بيعه الا في العقار فانه يجوز بيع حصة الصغار دون الكبار .

٣٩٧٨ ـ وهو قول الشافعي .

فصـــل

إن مات الوصي وأوصى إلى غيره

٣٩٧٩ ـ وان مات الوصي واوصى الى غيره فانه يكون وصيا للأول ، وله ذلك عندنا بمطلق الوصية .

٣٩٨٠ ـ وقال الشافعي وابن ابي ليلى ليس له ذلك بمطلق الوصية ، وله اذا جعل اليه .

٣٩٨١ ـ واجمـع الفريقان ان له ان يوكل الوكلاء ويستأجر الاجـراء بمطلق الوصية .

٣٩٨٢ ـ واجمعوا على انه ليس له ان يزوج .

٣٩٨٣ ـ وقال مالك له ذلك .

فصـــل

٣٩٨٤ ـ وليس لوصي غير الاب ان يبيع ولايشتري الا مالا بد له من الطعام والشراب والكسوة .

٣٩٨٥ ـ وليس له ان يقاسم عقاراً ولايشتريه لنفسه ، ولايبيعه .

٣٩٨٦ ـ وقال الشافعي ليس لهم ان يفعلوا ذلك وان كان لابد منه، لان الذي جعل اليهم ذلك لم يكن له ان يفعل شيئا من ذلك .

٣٩٨٧ ـ وهــو القياس عندنا ، والاول استحسان وقــد مضى فى كتاب الهبة وجهه .

فصـــل

وصى الأب

٣٩٨٨ ـ ووصى الأب اولى بالتصرف مــن الجد عندنا .

٣٩٨٩ ـ وقــال الشافعي الجـد اولى .

٣٩٩٠ ـ لأنه نائب عن الأب فكان اولى من الجد كحالة الحياة .

فصـــل

وصية الصبي المراهق

٣٨٩١ ـ والصبي المراهق اذا وصى بشئ من ماله لم يصح .

٣٨٩٢ وقال الشافعي يصح .

٣٨٩٣ ـ لانه غير مكلف .

فصـــل

٣٩٩٤ ـ واذا اوصى بغلة بستانه او ركوب دابته للمساكين ، لم يصح عند ابي حنيفة .

٣٩٩٥ ـ وقال محمد يصح

٣٩٩٦ ـ لانه تمليك لغير معين

باب

كيفية المرض الذي يعتبر من الثلث

٣٩٩٧ ـ كل مرض صار صاحبه صاحب فراش ، ومات فيه ، فما يفعله فيه يكون من الثلث ، وما يتطاول مــن العلل او يبرأ منه ثم يمرض بعده مرضاً آخر فهو كالصحيح

٣٩٩٨ ـ والفلج والزمانة في حكم الصحيح والحامل اذا ضربها الطلق كالمرض المخوف ، وكذلك من قدم ليقتل في قصاص او ليرجم في زنا مثل ذلك .

٣٩٩٩ ـ وقال مالك : اذا مضى على الحامل ستة اشهر فهي كالمريض المخوف.

٤٠٠٠ ـ ومن الفقهاء من يقول تصرف المريض كتصرف الصحيح في جميع الأشياء .

٤٠٠١ ـ وقال ابو موسى وهو القياس والنظر والسنن والاثار مع الآخرين .

٤٠٠٢ ـ ومتى صح من المرض فهو صحيح لايعتبر من الثلث لان الصحة قطعت حكم المرض .

باب

اختلاف الوصي والورثة

فصل

القول قول الوصي في ضياع المال

٤٠٠٣ ـ واذا كبر اليتيم وطلب المال فقال الوصي قد ضاع فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين كالمودع .

فصل

القول في النفقة قول الوصي

٤٠٠٤ ـ وان اختلفا في النفقة عليه فقال :

انفقت عليك

والكر الصبي فالقول قول الوصي لأنه أمين ، ويتعذر عليه اقامة البينة على النفقة .

فصـــــل

اختلافهما في قدر النفقة

٤٠٠٥ ـ وان اختلفا فى قدر النفقة ، فقال أنفقت عليك كل سنة مائة دينار ، وقـال الصبي بل خمسين ، فالقول قول الوصي في مقدار نفقة مثله بالمعروف فى المدة ، لانه أمين وان كان اكثر من المعتاد لزمه الضمان لأنه فرط .

فصـــــل

اختلافهما في المدة

٤٠٠٦ ـ وان اختلفا في المدة ، فقال الوصي عشر سنين ، وقال الصبي خمس سنين فالقول قول الصبي ، لأن الاصل عدم المدة .

٤٠٠٧ ـ وقال الاصطخري القول قول الوصي كما لو اختلفا فى النفقه .

فصـــــل

القول في الإنفاق على عبد للميت

٤٠٠٨ ـ وان ادعى الوصي انه أنفق ذلك على رقيق للميت ، وأنهم مـاتـوا وكذبـه الابن فالقول قول الوصي عنـد ابي يوسف لانه امين لم يكذبه الظاهر .

٤٠٠٩ ـ وقال الحسن بن زياد لا اصدقه على ذلك ، والقول قول الابن لأن الاصل عدم العبيد .

فصـــــل

دعوى الوصي دفع جعل الآبق

٤٠١٠ ـ ولو قال الوصي أبق للابن عبد فاعطيت جعله اربعين درهما، صدق

الوصي عند ابي يوسف .

٤٠١١ ـ وقال محمد أضمنه الجعل الا ان يأتي ببينة لأنه يدعي غير الظاهر .

فصـــــل

ادعاؤه آداء الخراج

٤٠١٢ ـ وان ادعى انه ادى في الخراج صدق عند ابي يوسف ؛

٤٠١٣ ـ ولم يصدق عند محمد .

فصـــــل

ادعاؤه النفقة على ذي رحم محرم

٤٠١٤ ـ واذا ادعى انه انفق على ذي رحم محرم فرض عليه القاضي نفقته لم يصدق الا ببينة تشهد بذلك .

فصـــــل

ادعاؤه دفع المال للصبي

٤٠١٥ ـ وان ادعى انه دفع المال الى الصبي وانكر الصبي ذلك فالقول قول الوصي لأنه امين مقبول القول في الضياع فقيل في الدفع كالمودع .

٤٠١٦ ـ ولأصحاب الشافعي وجهان احدهما هذا والثاني القول قول الصبي لانه لم يأمنه على الحفظ .

فصـــــل

الوصية للجار

٤٠١٧ والوصية للجار يدخل فيها المالك والساكن اذا كان ملاصقاً .

٤٠١٨ ـ وعند محمد من يصلى معه في المسجد .

٤٠١٩ ـ وعند غيره من يسمع النداء .
٤٠٢٠ ـ وقال الشافعي من داره الى دار الموصي باربعين داراً.

فصـــل

بيع الوصي نسيئه

٤٠٢١ ـ واذا باع الوصي بنسيئه وفيها ضرر على الورثة نقض . وايس هذا كالتجارة له والشراء

باب

الرجوع في الوصية

فصـــل

الأصل الرجوع في الوصية

٤٠٢٢ ـ ومن اوصى بوصية فله ان يرجع فيها مالم يمت ، لان الوصية انما تتم بالموت كما لتتم الهبة بالقبض ، ولو وهب ولم يقبض كان له الرجوع فيها فهنا اولى .

فصـــل

الرجوع دلالة

٤٠٢٣ ـ واذا اوصى لرجل بأرض ثم بنى فيها بناءاً او بثوب ثم قطعه قميصا او قباء او بقطن فحشي به مخدة او شاة فذبحها او بفضة فصاغها آنية او بسويق فلته بزيت او بسمن فهذا كله رجوع .

٤٠٢٤ ـ ولو كان اوصى له بثوب فغسله او قصره او بدار فجصصها لم يكن

ذلك رجوعاً ، والقياس ان يكون تخصيص الدار رجوعاً لأن العين بخلاف ماوصى بها .

فصــــل

إخباره أنه أوصى بالثلث لآخر

٤٠٢٥ ـ وان اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال : الثلث الذي اوصيت به له، قد اوصيت به لهذا الاخر فهذا رجوع .

فصــــل

التشريك في الثلث

٤٠٢٦ ـ ولو قال «وقد اوصيت به لهذا الآخر فانه بينهما ، وليس هذا برجوع بل تشريك بينهما في ذلك .

فصــــل

ما يعد من الأفعال رجوعاً

٤٠٢٧ ـ ولو اوصى بأمة فباعها او اعتقها او وهبها او تصدق بها او كاتبها او دبرها او اخرجها مــن ملكه بوجه سوى ماذكرناه ، او كان قمحاً فطحنه ، كان ذلك رجوعاً فيما لوصى به ، لان هــذه الافعال كلها لاتصح مــع بقاء الوصية ولاتجمع معها . فكانت رجوعاً في الوصية ، وصار ذلك كالمشترى اذا كان له الخيار ففعل ذلك انــه يبطل خياره .

فصــــل

ما يقطع حق المغصوب يعد رجوعاً

٤٠٢٨ ـ وكل ماقطع حق المغصوب مــن فعل الغاصب في العين واوجب

عليه القيمة فانه يكون رجوعاً ، فعلى هذا اذا اوصى لهبالجلري(١) فصار بسراً ، او بالعنب فصار زبيباً ، او بالبيض فصار فراريج ، كان ذلك كله رجوعاً عن الوصيه ، كما يقطع حق المغصوب منه .

فصل

استثناء الرطب إذا صار تمراً

٤٠٢٩ ـ وان اوصى له برطب فصار تمراً فانهم خصوا هذا بجواز الوصية استحسانا لان منافع الرطب لاتبطل بكونه تمراً .

فصل

أوصى بعبد لرجل وبمنافعه لآخر

٤٠٣٠ ـ وان اوصى بعبد لرجل وبمنافعه لاخر فلكل واحد ما اوصى له به، والنفقة عندنا على صاحب المنفعة .

٤٠٣١ ـ وقال الشافعي على صاحب الرقبة .

فصل

أوصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه

٤٠٣٢ ـ وان وصى لرجل بعبد ولاخر بنصفه قسم على اربعة اسهم عند ابي حنيفة .

٤٠٣٣ ـ وعندهما على ثلاثة أسهم .

---

(١) اي مايسمى في عامية العراق خلال الطوش ويقصد به مايتساقط قبل نضجه من خلال التمرة

فصـــــل

أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفضته إلخ

٤٠٣٤ - وان وصى لرجل بخاتم ولاخر بفضته ، فلصاحب الفضة الفضة ، ونصف الفص وللآخر نصف الفص عند محمد .

٤٠٣٥ ـ وقال ابو يوسف تكون الفضة لواحد والفص للآخر .

٤٠٣٦ ـ وكذلك الخلاف اذا وصى بالدار لرجل والبناء لآخر والنخلة لرجل والثمرة لآخر والثمر لرجل والقوصرة لآخر فهو على الخلاف .

فصـــــل

أوصى لأناس وجهات

٤٠٣٧ ـ واذا كانت الوصية لعدة اناس وجهات وابواب للبر فعلى كل واحد ان يعد البينه ليأخذ حقه ، الا بواب البر فأنه ينفذ عند ابي حنيفة لان حق كل واحد غير حق الآخر .

٤٠٣٨ وقال ابو يوسف لايكلف واحد منهم اعداد بينة على حقه ، وكل من حضر قضيت له بحقه ، وان جهل الذي حضر كلف البينـــة على معرفته .

فصـــــل

تحليف صاحب الدين

٤٠٣٩ وان اقام البينة وكان صاحب دين حلف مع بينته ثم اعطى دينه، وان كان موصى له اعطى ما اوصي له به من الثلث .

فصـــل

ادعى الوصية والمال

٤٠٤٠ ـ والوصي اذا ادعى للوصية والمال على رجل فصدقه لم يؤمر بدفــع ذلك اليه حتى يثبت الوصية عند الحاكم وفي الوكالة تدفع

٤٠٤١ ـ وقال الشافعي لاتدفع

٤٠٤٢ ـ وقالوا في الوارث يدفع

٤٠٤٣ ـ وفي اليمين خلاف رواية

٤٠٤٤ وفي الحوالة وجهان

• • •

٤٠٤٥ ـ وكتاب الوصايا من امهات الكتب وفيه كل عجيب من مسائل الخلاف والوفاق ، والذي ذكرت مــن ذلك قليل مــن كثير ، غير انــه أوفى مما ذكــره الغــير في هــذا الشأن ، واصول وعامـة مسائل الخلاف فيـه .

واذ قــد ذكرنا الوصية ، وكان فـيا ذكرنا مايقربه الوصى ، ويقر له به من الحقوق وجب ان نذكر الاقرار بعد ذلك.

كتاب الإقرار

وهذا كتاب الإقرار(١)

٤٠٤٦ ـ اعلم ان هذا الكتاب كان من حقه ان نذكره في آخر الكتب لانه يدور في سائر الكتب والاحكام من العقود والايقاعات والأفعال من الجنايات والغصوب والمواريث والدعاوي والبينات والشهادات وجميع الكتب.

غير انا ذكرناه في هذا الموضع وسطا بين الكتب لانه كالفرع على ماتقدم واصل لما يأتي، وهو كثير الفائدة، عليه مدار الشرع، وان كان غيرنا قد أخره الى آخر الكتب في بعض المواضع وفي بعضها جعل وسطا في المعاملات، فلهذا جعلناه في هذا الموضع.

فصـــل

تعريف

٤٠٤٧ ـ واعلم ان الاقرار اخبار عن أمر سابق اما عقد يوجبه ضمانا اوملكا او فعل يوجب ضمانا (٢)

---

(١) جاء في القاموس المحيط في مادة القران الاقرار هو الاذعان للحق وقد قرره عليه

(٢) عرف الاقرار تعريفات اخرى يستفاد منها انه في رأي جمهور الفقهاء يعد من قبيل الخبر، اذ تقسم اقوال المكلفين المعتبرة شرعاً الى خبر ـ

فصــــل

الإقرار غير ناقل

٤٠٤٨ وقال اصحابنا ليس هو بناقل للملك (١)

٤٠٤٩ ـ وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه، ان من اصحابنا من قال اذا تعورف به نقل الملك نقل، وصار كبيع التعاطي، والصحيح هو الاول من القول (٢)

ـوانشاء، لان المقر بحق عليه لغيره يخبر في الحقيقة ان ما اقر به هــو لغيره سواء مما ادعاه عليه خصم او لم يدعه، وانه حق ثابت للمقر له، وانه ثابت في ذمه المقر ان كان دينا في الذمة، او انه في يده وحوزته اما على سبيل الضمان او على سبيل الامانه، والاقرار في مصطلح جمهور الفقهاء هو «اخبار الانسان عن ثبوت حق للغير على النفس» وقــد عرف مثلا خسرو الإقرار في «الغرر والدرر» بانه شرعا «اخبار بحق لآخر عليه، لااثبات له عليه (٢/٣٥٧ منه) (مقالتنا نظريــة الخبر والانشاء في ابعادها الفلسفية والبلاغية والفقهية مخطوطة)

وانظر في مناقشته سائر التعريفات رسالة حجية الاقــرار في الاحكام القضائية للسيد مجيد حميد السماكية

(١) لان الاقرار باعتباره خبراً يعد كاشفا عن الحقيقة لامنشأ لها:

(٢) ثمة اتجاه في الفقه يرى في الاقرار معنى يزيد على الاخبار فقد عرفــه بعض الفقهاء بانه «اخبار بحق عليه من وجه وانشاء مــن وجه» تنوير الابصار ٢/٢٢٠، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٧/٢٤٩) وحجتهم في هذا ان الاقرار يرتد بالرد وان الملك الثابت بالاقرار لايظهر في ـ

فصـــــل

أهلية المقر

٤٠٥٠ ـ ولايصح الا من بالغ عاقل مكلف .

٤٠٥١ ـ واختلف في اقرار الصبي المأذون له قبل بلوغه فأجاز ذلك اصحابنا.

٤٠٥٢ ـ وقال الشافعي لايجوز اقراره كما لا يجوز عتقه وطلاقه ، وكما لو لم يؤذن في التصرف .

٤٠٥٣ ـ واصحابنا يقولون هو عاقل مميز فصح الاذن له كالبالغ ، ولأنه يقبل قوله في الهدية والاذن في دخول الدار، وجواز اقراره يبتنى على صحة اذن الولي له في ذلك .

فصـــــل

إقامة الحد بالإقرار

٤٠٥٤ ـ والحر والعبد سواء في اقامة الحدود عليهما (بالاقرار) .

فصـــــل

الآثار المروية

٤٠٥٥ ـ وقد اقام النبي (ص) الحد على ما عز (١) باقراره والغامدية (٢)

ـ حق الزوائد وثمة اتجاه آخر في الفقه يرى ان الاقرار يفيد التمليك في الحال وقد ذهب الى ذلك ابو عبدالله الجرجاني من الاحناف وذهب جماعة من الشافعية معهم البغوي انه قائم مقام الانشاء (انظر رسالة السماكية)

(١) صحيح البخاري ٢٠٥/٨ وصحيح مسلم ١١٦/٥ الحدود ، وبلوغ المرام ص ٢١٧ وشرحه سبل السلام ٦/٤ .

(٢) صحيح مسلم ١٠٦/٥ ، سبل السلام ١١/٤

والذي رضخ **رأس الجارية بين حجرين احضره** فاعترف فرضخ رأسه ، وقال اغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها (١)

فصــــل

الإجماع على الإقرار

٤٠٥٦ وفيه اجماع العلماء ، وانما اختلفوا في التفضيل ومواضع الاداء .

٤٠٥٧ واجمعوا على انه يصح في المعلوم والمجهول جميعا ، وان المجهول يرجع فيه الى قول المقر مع يمينه في موضع دون موضع ، ولايرجع في بعضها الى قوله .

فصــــل

قبول قوله لفلان على مال

٤٠٥٨ ـ فمن ذلك اذا قال : لفلان على مال قبل قوله فيما يقول (٢) في العادة في القليل والكثير ، وهذا اجماع من العلماء (٣) .

فصــــل

قوله مال عظيم

٤٠٥٩ ـ ولو قــال مال عظيم فان اصحابنا قالوا يحتاج الى بيان المجمــل

---

(١) صحيح البخاري ٢٠٨/٨ وصحيح مسلم ١٢١/٥ ، بلوغ المرام ص ٢١٦ وشرحه سبل السلام ٣/٤ـ٤ .

(٢) كذا ويجوز ان يكون : فيما يتمول في العادة ،

(٣) نقل في المغني لابن قدامة ١٥٦/٥ عن ابي حنيفه انه لايقبل تفسيره ـ

مـــع ذلك (١) .

فصــــــل

قوله من الدراهم أو من الدنانير
أو من الإبل . . إلخ

٤٠٦٠ ـ فان قال : من الدراهم لزمه مائتان وان قال من الدنانير لزمه عشرون ديناراً ، وان قال من الابل لزمه خمسة وعشرون ومن البقر لزمه ثلاثون بقرة . واصناف الزكاة نأخذ اقل نصاب فيها ، وهو قول ابي يوسف ومحمد ، وان كان لانصاب له اعتبرت القيمة كما في زكاة التجارة يعتبر فيه قيمة النصاب .

٤٠٦١ ـ ومن اصحابنا من قال : وهو قول ابي حنيفة وروى عن ابي حنيفة انه قال يلزمه عشرة دراهم .

= بغير المال الزكوى لقوله تعالى « خذ من اموالهم صدقـــة تطهرهم » وقوله « وفي اموالهم حق » وفي القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٤٢) « ولو قال له على مال ، قبل مايفسر به ولو حبـــة او قيراطا ويحلف » (انظر رسالة السماكية ص ٢٥٠) .

(١) في الهداية (٣/١٨٠) « ولو قال : مال عظيم ، لم يصدق في اقل من مائتي درهم ، لأنه اقر بمال موصوف فلايجوز الغاء الوصف ، والنصاب مال عظيم ، حتى اعتبر صاحبه غنيا به ، والغنى عظيم عند الناس . وعن ابي حنيفة (ر) لايصدق في اقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة .

وقالوا : لارواية في النفيس والخطير والجليل والوافر والسنى والكبير

ومنهم من سوى بين الجميع .

ومنهم من فرق .

٤٠٦٢ ـ وقال الشافعي : كل ذلك مجهول ، ويرجع الى قوله فيا يقر به من الاموال وقدرها .

٤٠٦٣ ـ واصحابنا لم يلغوا الصفة كما لو قال : جيادا او صحاحا او ضرب كذا ، فان الصفة لاتلغى ، كذلك هذا .

فصـــــل

المال القليل

٤٠٦٤ ـ وقالوا في المال القليل يقبل قوله .

المال المطلق

٤٠٦٥ ـ وذكر علي بن موسى القمي في احكام القران الصغير له : ان المال المطلق عشرة ، ولايصدق في اقل من ذلك .

وقالوا : لافي قليل ولاكثير : الا مائتان .

فصـــــل

أقر بدراهم

٤٠٦٦ ـ وقالوا في دراهم ، لايصدق في اقل من ثلاثة ، فان قال : كثيرة ، لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة ، وعندهما مائتان .

وعند الشافعي يصدق في ثلاثة

فصـــــل

مائة دراهم

٤٠٦٧ ـ وان قال : له على مائه دراهم او مائة دينار لزمه الجميع من جنس المفسر عندنا .

وقال الشافعي يلزمه الدرهم والدينار ، والقول قوله في المائة .

واتفقوا انه لو قال مائـــة وثوب ان عليه ثوبا ، والقول قولـــه في المائـــة .

وكذا مائة وثوبان .

ولوقال : وثلاثة اثواب كان الجميع ثيابا ، لان المبهم اذاعطف عليــه مفسر يثبت في الذمـــة كان الجميع مثـــل المفسر كمائـــة وخمسين درهما .

وقـــد منـــع بعض اصحاب الشافعي ذلك ، وهـــو غير صحيح عنـــد الجميع .

فصـــــل

درهم لا بل درهمان

٤٠٦٨ ـ ولوقال : لهعلى درهم لابل درهمان لزمه عنداصحابناالثلاثةاستحسانا والقياس انه يلزمـــه ثلاثة دراهم ، وهو قول زفـــر ، لان « بل » لاستدراك ماوجب ، وما اوجبه لايصح نفيه والرجوع عنه ، فيجب ان يلزمه الجميع .

والاستحسان ان «لابل» قد افاد فائدة واثبتنا لها امرأزائداعلى ما اوجب ، وغاية مافيه الاحتمال فلا يلزمه بالشك الزوائد .

فصـــــل

دينار إلا درهماً

٤٠٦٩ ـ ولوقال : له على دينار الا درهما اوالاقفيز حنطةاو شعير ، واستثنى غير الجلس فيا له مثل فانـــه يصح الاستثناء على قـــول ابي حنيفة وأبي يوسف :

وقال محمد وزفر اشتثناء غير الجنس لايجوز بحال وهو القياس ،

وقال الشافعي : استثناء غير المكيل والموزون والمعدودايضايصح ونخرج قيمة المستثنى من ذلك .

حقيقة الاستثناء

٤٠٧٠ ـ وحقيقة الاستثناء ان يخرج من الكلام مايتناوله اللفظ ، وغير الجنس فما دخل تحت اللفظ ، ومايوجد من ذلك فهو مجاز :

ذوات الأمثال

٤٠٧١ ـ وذوات الامثال تثبت فى الذمة فهـي كالاثمان فى الثبوت فلهذا فصل ابو حنيفة بينهما وبين الثياب .

فصـــــل

كذا كذا درهماً

٤٠٧٢ ـ واذا قال : له على كذا كذا درهما فهو احد عشر ، ولايصدق في

اقل مـــن ذلك .

وقال الشافعي : يصدق في درهم

وفى كذا وكذا احد وعشرون درهما

وفي كذا درهما عشرون

وفي كذا درهم مائة درهم

وعند الشافعي كذا وكذا درهمان ، وله قول آخر درهم واحد •

وقد روى عن محمد : كذا وكذا عشرون درهما .

كذا عدد مبهم

٤٠٧٣ ـ واصل هذا الباب ان « كذا » عبارة عن عدد مبهم فهي مثل « كم » واذا اوجب على نفسه مالاًوفسره بالدراهم لزمه ذلك من الدراهم • وكذلك اذا فسره درهمافاقل جملة تفسر بدرهما انما هي احد عشر واكثرمن ذلك تسعة عشر وفي العطف الاقل احد وعشرون والاكثر تسعة وعشرون ،وفي درهم الاكـــثر الالف والاقل مائة فله الاقل الذي يقتضيه لفظه وتفسيره .

فصـــــل

٤٠٧٤ ـ ولوقال : درهم طبرى لزمه درهم وازن •

العمل بعرف أهل البلد

٤٠٧٥ ـ والاصل في هذا الباب انك تعمل فى الاقرار على عرف اهل البلد وتوجب عند الاطلاق ماهو متعارف فيه،الا ان يقرموصلاً فيصدق على مابينه في موضعه :

الدراهم في زمن النبي

٤٠٧٦ ـ واعلم ان الدراهم كانت مختلفة على زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفة بعده الى زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

وكان منها ماوزنه مثقالا وهوعشرون قيراطا ومنها ماوزنه اثنى عشر ومنها ماوزنه عشرة قراريط ، وكان الناس اذا تبايعوا اختلفوا فاستشار عمر رضي الله عنه الصحابة ، فاتفق الجميع على أن يأخذوا من كل جنس درهما واحداً فجمع الجميع فكان اثنين واربعين قيراطا فقسم ذلك وصار الدرهم وزن سبعة عشر ، وتقرر ذلك في البلاد وعملت به الصحابة ، ورجعوا في ذلك الى جميع مايتعلق بالدرهم، فان(كان) من البلاد ماهو على أصل الخلاف رجع الى معاملة اهله عند الاطلاق :

فصـــــل

غالب النقد

٤٠٧٧ وان كانت النقود مختلفه في البلد رجع الى غالب النقد كما يفعل في البيع والاثمان .

فصـــــل

٤٠٧٨ ـ وان تفاوتت [1] النقود ولم يكن هناك غالب رجع الى قول المقر في التفسير .

القول قول المقر

٤٠٧٩ ـ ومن اقر بجنس يشتمل على انواع ، فادعى المقر له الاعلى من ذلك

(١) في نسخة المعهد : تساوت

واعترف المقر بالادنى فالقول قوله مع يمينه .

فصـــــل

ببغداد له على ألف درهم

٤٠٨٠ ـ واذا قال : ببغداد له على الف درهم طبرية كان عليه الف درهم وزن سبعة من الطبرية ، وذكر الطبرية هو بيان للصفة .

فصـــــل

له على كر حنطة

٤٠٨١ ـ وكذلك لو قال : له على كر حنطة ، قال عليه كر بالمعدل المعروف بالعراق ، وهو كيل الستين الذي به يقع التعامل .

فصـــــل

على دريهم

٤٠٨٢ ـ ولوقال : على دريهم ، كان عليه درهم تام وازن لان التصغير يذكر لصغر حجم الدرهم ، وقد يذكر للاستقلال ، فلم ينقص من الوزن الذي اقتضاه اللفظ .

فصـــــل

له على شيء من الدراهم

٤٠٨٣ ـ وذكر ابن سماعه في النوادر عن ابي يوسف في رجل قال لاخر : له على شيء من الدراهم او من دراهم ، ان عليه ثلاثة دراهم لأنه اقر بمبهم ، وقوله من الدراهم تمييز لما اقر به ، واقل اسم الدراهم ثلاثة .

فصـــــل

٤٠٨٤ ـ وقــد ذكر بعض اصحابنا فيمن قالت لزوجها : اخلعني على ما في يدي من الدراهم ، وكان في يدها اقل من ثلاثة فهوله ، ولايكمل ذلك وان لم يكن في يدها شيء لزمها ثلاثة دراهم لانــه اقل مايحتمله الاسم واذا كان موجوداً تناولته الاشارة .

فصـــــل

هو عندي

٤٠٨٥ ـ وقال اصحابنا اذ قال له علي كذ فهو اقرار بدين عليه مضمون وان قال هو عندي او في يدي فهو امانة لان لفظه يقتضي الايجاب ولذا قال تعالى « ولله على الناس حج البيت » (١) وعليه ماحمل يعني اوجب ولفظة «عند» لاتقتضي ذلك فلهذا فصل بينهما .

فصـــــل

له من مالي

٤٠٨٦ ـ ولو قـــال : له مـــن مالي الف فهذا اقـــرار بهبة ، ولا يكلف تسليمها اليه .

فصـــــل

له قبلي

٤٠٨٧ ـ ولو قال : له قبلي الف ، فقــد اختلف اصحابنا في ذلك ، فمنهم

---

(١) وتمام الاية « من استطاع اليه سبيلا » (٩٧ م ال عمران ٣)

من قال «قبلي» يقتضي الضمان لان القبالة والحوالة والحمالة واحد ، وذلك يقتضي الضمان

ومنهم من قال : لايقتضي ذلك ، لأنه لوقال : لاحق لي قبل فلان برىء مما عليه ومما عنده له واذا اقتضى اللفظ الامرين لم يلزمه الضمان بالشك .

فصل

دين يستغرق التركة

٤٠٨٨ - واتفق العلماء على ان من مات وعليه دين لجماعة ، لاتفي التركة بذلك فانه يقسم على مقادير ديونهم ، ولم يوف أحد منهم دون الاخر حقه .

فصل

دين الصحة ودين المرض

٤٠٨٩ - واختلفوا فيمن عليه دين فى حال الصحة ، واقر بدين في مرضه ، فقال اصحابنا : يقدم دين الصحة فى القضاء على دين المرض

وقال الشافعي : هما سواء

فصل

دين وجب بمعاينة الشهود

٤٠٩٠ - ولو وجب الدين بمعاينة الشهود او كان سلمة بعينها فانهما سواء في ذلك ، ويتحاصان فى التركة لتساويهما في الثبوت .

فصـــــل

قضاء المريض في مرضه دين دائن

٤٠٩١ ـ ولو قضي المريض فى مرضه بعض الغرماء دينه لم يسلم اليه ، ورجع عليه الغريم الاخر عندنا

وقال ابن ابي ليلى والشافعي يسلم له ذلك

فصـــــل

أقر في المرض وسلم

٤٠٩٢ ـ ولو اقر في المرض وسلم الى المقر له ثم مات ، رجع غرماء الصحة عليه فاخذوه من يده(١)

فصـــــل

سلم الثمن في المرض

٤٠٩٣ ـ واتفق الفريقان انه لو سلمه الثمن الـــذي اشترى به في المرض سلم للبائع .

فصـــــل

قضى مال القرض في المرض

٤٠٩٤ ـ وكذلك لو اقترض مالا فقضاه فى المرض سلم ذلك لمن قبضه .

---

(١) عملا بمبدأ رد ماقبض بدون حق

فصـــــل

قضى مهر من تزوجها في مرضه

٤٠٩٥ ـ ولو كان تزوج امرأة في مرضه فاعطاها مهرها وعليه ديـــون في الصحة فانهم يحاصونها ، وقال زفر والشافعي لايحاصونها وكأنه قد باعها بذلك بيعاً .

والخلاف في الاجارة

وفرق ابو حنيفة بين المهر وثمن المبيع بان ذلك مال حصله للوارث والبضع بخلافه .

فصـــــل

أقر في مرضه بوديعة

٤٠٩٦ ـ وقالوا لو اقر في مرضه بوديعة ثم بدين بدىء بالوديعة لانه لايصدق على صاحبها انه يدخل عليه ضرراً .

فصـــــل

قضيته إياها

٤٠٩٧ ـ ولو قال كانت له علي ألف درهم وقد قضيته اياها ، لم يصدق انه قضاها واخذ بها .

وعن الحنابلة انه يصدق في ذلك وهــذا لايصح ، لانه اقر بالمال وادعى الوفاء فالقول قول المقر له .

فصـــــل

٤٠٩٨ ـ ولو قال له علي ألف درهم الامائة كان عليه تسعمائة .

الأصل في الاستثناء

٤٠٩٩ ـ والاصل في باب الاستثناء انك تجعل الاستثناء من الاثبات نفيا ومن النفي اثباتا . فاذا قال له على الف فقد اثبت ، فاذا قال الا مائة فقد نفي من الجملة مائة ، فان قال الا درهمين فعليه تسعمائة ودرهمان لانه استثنى ذلك من المائة فصار اثباتا .

فصـــــل

ألف درهم إلا تسعمائة

٥٠٠٠ ـ وعلى هذا لو قال له على الف درهم الا تسعمائة فعليه مائة ، وهذا ينبني على انه يجوز أن يستثني الاقل ويبقى الاكثر .

وقد قال ابو يوسف وغيره من الناس ان استثناء الاكثر وتبقيه الاقل لايجوز لانه لايوجد في كلام العرب ذلك ولم يستعملوه .

والصحيح هو الاول ، لان لفظ الا لا يخرج من ان يكون استثناء ، ولفظ المستثنى منه لا يخرج من ان يكون مستثنى منه ، والمعتبر بقاء حكم اللفظ في ذلك .

فصـــــل

٥٠٠١ ـ فعلى هذا الاصل اذا قال : له على الف الا تسعمائة الا ثمنمائة الا سبعمائة الا ستمائة الا خمسمائة الا اربعمائة الا ثلثمائه الا مائتين الا مائـــة يكون عليه خمسمائة .

فان كان هذا من العشرة الى الواحد فالباقي خمسة ،

وان كان من المائة الى العشرة بقي عليه خمسون ، وان من الالف الى المائة بقي عليه خمسمائة .

ومن اصحابنا من قال تجعل العـــدد الاول معقودا في يمينك ، والثاني في اليسار والثالث في اليمين والرابع في اليسار والخامس في اليمين والسادس في اليسار والسابع في اليمين والثامن في اليسار والتاسع في اليمين والعاشر في اليسار ، ثم تنظر ما اجتمع في اليسار فتسقطه من اليمين ، وتبصر ما بقي فهو المقر بـــه ، فاذا فعلت ذلك كان ما في اليمين ثلاثين وما في اليسار خمسا وعشرين فيكون الباقي خمسة ، فهذا وجه للعمل ذلك .

ومنهم من قال : الاستثناء يرجع الى ما يليه ، ويعمل على هـــذا الترتيب فيستثنى بالواحد من الاثنين يبقى منها واحد ، فيستثنى ذلك من ثلاثة يبقى اثنان ، فيستثنى ذلك من اربعة يبقى اثنان ، فيستثنى ذلك من خمسة يبقى ثلاثة فيستثنى ذلك من ستة تبقى ثلاثة فيستثنيها من سبعة تبقى اربعة يستثنيها من ثمانية تبقى اربعة يستثنيها من تسعة تبقى خمسة يستثنيها من عشرة تكون خمسة .وهذا طريق اصحابنا بالعراق في الاستثناء في الاقرار والطلاق والعتاق وسائر ما يصح الاستثناء منه .

فصـــــل

الاستثناء في الطلاق

٥٠٠٢ وعلى هذا اذا قال في الطلاق لزوجته : انت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة فانها تطلق اثنتين ، لانهم استثنوا الواحـــدة من الاثنتين فبقى منها واحدة ، استثنوا ذلك من الثلاثة بقى اثنتان .

ومسائلهم على هذا الاصل كثيرة والاصل في جميع ما يأتيك من ذلك واحد وهو ما ذكرناه .

فصــــل

قول الوارث لهذا على والدي ولهذا

٥٠٠٣ ـ ولو قال الوارث : لهذا على والدي الف درهم ، ولهذا على والدي الف درهم ، ولم يترك الميت الا الفاً فانهما يتحاصان ، لانه عطف احدهما على الاخر فصار كأنه قال : لهذين على ابي الفان .

فصــــل

تخلل إقرار الوارث سكوت

٥٠٠٤ ـ ولو قال : لهذا الف وسكت ثم قال : ولهذا الف ، كانت الالف للاول ، لانه ثبت حقه في الالف واقراره الثاني يريد به الاضراربه فلا يقبل وثبت على تصديقه .

فصــــل

لاحد هذين على

٥٠٠٥ ـ ولو قال : لأحد هذين على الف ، فسأله الحاكم: لأيهما هي ؟ فأبى ان يبين ، فلكل واحد منهما استحلافه ، فان حلف لهما جميعا فلا شيء لهما ، وان نكل عن اليمين لهما ، غـرم لهما الفين ، ولهما قبل الحلف ان يصطلحا على الف فيأخذاها ، وليس لهما ذلك بعد الحلف في قول ابـي يوسف ، وذلك لهما في قول محمد كما قبل الحلف ، لان الحق في الجملة لهما .

والله سبحانه وتعالى اعلم بما فيه الصلاح (١).

---

(١) وردت هذه الجملة في نسخة منيخ فقط .

باب

الإقرار بالمال في مجلس أو مجلسين

والشهادة على الجملتين

فصـــــل

اختلاف الشاهدين في المبلغ

٥٠٠٦ ـ قال ابو حنيفة : واذا ادعى على رجل الف درهم ، فشهد له بذلك شاهد ، وشهد له بالفين اخر ، فالشهادة باطلة لان كل واحد قد كذب الآخر .

وقال ابو يوسف ومحمد : يلزمه ألالف

وهو قــول الشافعي كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فانه يقبل عند الجميع .

وفرق ابو حنيفة بينهمابانهما اتفقا على لفظ الالف ، واما الآخر فحمله اخرى فقبل فيما اتفقا عليه ، ولفظ التثنيةغير لفظ الواحد ، كما ان لفظ الجميع غير التثنية هذاهو الاصل .

فصـــــل

اختلاف المقر في المبلغ

٥٠٠٧ ـ واذا اقر في مجلس بالف ، ثم اقر بالفين او الف فهو مال واحد

عند الطحاوي ويدخل الاقـل في الاكثر اذا ادعاه المقـر وقال الكرخي : هما مالان ، واتفق الجميع على انـه مالان فيه اذا اختلفت المواطن .

وقال الشافعي الموطن الواحد ومازاد سواء ، وهو مال واحد.

وهو قول ابي يوسف ومحمد

واختلاف الاجناس اموال

واختلاف العقود اموال

وفي الصكاك المختلفة اموال

فصـــــل

البراءة أولى

٥٠٠٨ ـ واذا اقام شهوداً عليه بمال ، واقام المطلوب البراءة(من مثله فالبراءة اولى ، الا ان يكون التاريخ بعد البراءة فيكون ذلك مالا آخر ويكون اولى من البراءة لان ((١) البراءة لاتصح قبل اثبات الحق) وهذا لاخلاف فيه .

فصـــــل

صكوك وبراءات

٥٠٠٩ ـ ولو كان معه صك بالف وآخر بالف وبراءة بالف واخرى بخمسمائة

---

(١) مابين قوس ورد في نسخة قليج والمعهد وسقط من نسخة منبج .

فقال المطلوب قد أخذ مني الفا وهي التي في الصكين وقد بقي عليه خمسمائة ، فانه يبرأ من الف وخمسمائة ويبقى عليه خمسمائة :

فصـــــل

٥٠١٠ ـ ولو كانت البراءتان كل واحدة بالف برىء من المالين جميعاً لانها تدل على اسقاط ماوجب عليه من المال .

فصـــــل

٥٠١١ ـ ولو قال الطالب : مالي الف وقبضت الفاً ، وقال المطلوب : قبضت الفين ولك الف رجع على الطالب بالف ، لانه قبض الفين واقر ان ماله الف .

فصـــــل

قبول البراءات

٥٠١٢ ـ والبراءات المختلفة كلها مقبولة ويحاسب بما تضمنه كل واحد باتفاق.

فصـــــل

كل براءة بنجم

٥٠١٣ ـ والمكاتب يحسب له كل براءة بنجم اذا لم يعين ذلك ، وكان الشهود مختلفين .

فصـــــل

٥٠١٤ ـ (ولو اقر بقتل عبد لم يسمه او ابن لم يسمه ، ثم اقــر في مجلس

آخر بمثل (١) ذلك فهو قتل واحد وان ادعى الطالب قتلين .

فصـــــل

إقرار الأب بتزويج ابنته إلخ

٥٠١٥ ـ ولو اقر بتزويج ابنته من فلان وانها ماتت ولها عليه الف، واقر بمثل ذلك ، فهو مال واحد .

الإقرار بالجراحات

٥٠١٦ ـ وكذلك الاقرار بالجراحات فهي جراحة واحدة .

وفرقوا بين هذا وبين الديون والغصوب والودائـــع ، واختلاف الاجناس والعقود . وهذه المسائل تلزم على اصولهم في انه أقر بمال منكر فحمل على مال جديد .

فصـــــل

أقر بألف في موطن وأشهد إلخ

٥٠١٧ ـ واذا اقر بالف واشهد في موطن ، ثم اقر في آخر واشهد ، وشهد الفريقان جميعا عند الحاكم : فعند ابي حنيفة يجب المالان، وعندهما مال واحد .

---

(١) مابين قوسين ورد في نسخة قليج والمعهد وسقط من نسخة منيخ .

فصــــل

بكل مال شاهد واحد

٥٠١٨ ـ ولو كان بكل مال شاهد واحد فهو مال واحد ، وقال زفر الشهادة باطلة ، لانه جعل ذلك غير الاول .

فصــــل

أقر ثم قال هي زيوف

٥٠١٩ ـ واذا اقر لرجل بالف درهم قرض او من ثمن مبيع ، ثم قال هي زيوف او نبهرجة لم يصدق عند ابي حنيفة وصل او قطع اذا ادعى المقر له الجياد ، ولزمه الجياد .

وقالا : ان وصل صدق وان قطع لم يصدق .

فصــــل

أقر بوديعة أو غصب وقال هي زيوف

٥٠٢٠ ـ ولو قال : اودعني او غصبت منه الف درهم ، وقال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل او قطع بالاتفاق ، لانه لم يقر بأمر عليه في الذمة فصدق ه

والله اعلم

باب

من الإقرار بالمجهول الذي لا يرجع فيه إليه

قوله لاحق إلخ

٥٠٢١ ـ واذاقال : لاحق لي قبل فلان برىء فلان مما هو مضمون عليه، وان ، قال : لاحق لى عنده ومعه برىء مماأصله الامانة لما بيناه في الباب المتقدم ان ذلك يحتمل ماقلناه .

فصـــــل

لي عليك ألف درهم

٥٠٢٢ ـ واذا قال رجل لرجل لى عليك الف درهم ، فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها فهوناقرار بها ، لان الاجل لايثبت الافيما عليـــه ، وكذلك الوزن ، لأن الكناية ترجع الى ماله ذكر ، فصاركالمصدق له في ذلك فلزمه المال .

فصـــــل

٥٠٢٣ ـ ولو قال : اتزن او انتقد ، لم يكن اقراراً لا يحتمل غير ما اقر به ، ولا كناية ترجع الى مادعاه ، فلم يكن مصدقا في ذلك .

فصـــــل

له على مائة درهم ونيف

٥٠٢٤ ـ ولو قال : له على مائة درهم ونيف ، فالقول قوله في النيف ، كان

أقل من درهم او أكثر لان ذلك عبارة عما زاد وأناف.

فصـــــل

بضع وكذا درهم

٥٠٢٥ ـ ولو قال له على بضع وخمسون درهماً فالبضع (١) ثلاثة فصاعداً، وليس له أن ينقص من الثلاثة في بيانه لما روى في تفسير قوله تعالى «في بضع سنين (٢) ومخاطرة أبي بكر رضي الله عنه لقريش. ان الروم تغلب الى ثلاث سنين، فقال النبـــي عليه السلام له: زد في الخطر وابعد في الاجل، فدل على ان البضع يقع أقله على ثلاثة لإنه أقره على ذلك.

---

(١) من سورة «الروم» وأولها «الم غلبت الروم في أدنى الارض».

(٢) جاء في لسان العرب في مادة بضع:

البضع بالفتح والكسر ما بين الثلاث إلى العشر وبالهاء من الثلاثة إلى العشرة، يضاف إلى ما يضاف اليه الآحاد، لإنه قطعه من العـــدد كقوله تعالى «في بضع سنين» وتبنى مع العشرة كما تبنى سائر الآحاد وذلك من ثلاثة إلى تسعة. فيقال بضعة عشر رجلا وبضـــع عشرة جارية، قال ابن سيده: لم تسمع بضعة عشر ولا بضع عشره، ولا يمنـــع ذلك وصل البضع من الثلاث إلى التسع، وقيل من أربـــع إلى تسع، وفي التنزيل «فلبث في السجن بضع سنين». قال الفراء البضع ما بين الثلاثة الى ما دون العشره، وقال شمر البضع لا تكون أقل من ثلاث ولا أكثر من عشره.

فصــــل

سهم في داره

٥٠٢٦ - وان اقر بسهم في داره فاقل ذلك إنما هو السدس عند أبي حنيفــه رضي الله عنه ، ولا يصدق فيما دونه.

٥٠٢٧ - وقالا : لا يصدق في الثلث وما دون

٥٠٢٨ - وعلى قول الشافعي انه يرجع اليه في بيان ذلك ، وقد تقدم في كتاب الوصايا الوجه

فصــــل

الاستثناء بالمشيئة

٥٠٢٩ - ومن اقر بحق مجهول أو معلوم وقال : ان شاء الله متصلا بكلامه لم يلزمه .

٥٠٣٠ - والاصل في هذا الباب ان الاستثناء بالمشيئة يقف الكلام ، ولايلزم حكمه عنــدنا في جميــع العقود والايقاعات والاقرارات من الطلاق والعتاق .

فصــــل

الطلاق على مشيئة الله

٥٠٣١ - ومن قال لزوجته . انت طالق ان شاء الله لم يقع .

٥٠٣٢ - وقال مالك يقع الجميــع ، ولا فرق بين الطلاق والعتق .

٥٠٣٣ ـ ومن الناس من فرق بين العتق والطلاق فقال :

٥٠٣٤ ـ يقع العتق ولا يقع الطلاق وهو قول بعض اصحابنا المتكلمين .

اتصال الاستثناء وانفصاله

٥٠٣٥ ـ الاستثناء يجب ان يكون متصلا بالكلام ولا يصح بعد السكوت عن الجملة الأولى .

٥٠٣٦ ـ وعند ابن عباس : يصح الاستثناء المنفصل كما يصح المتصل .

٥٠٣٧ ـ وهذا لايصح لانه يؤدي الى ان لا يستقر حكم بعد ثبوته فى المستقبل

لزوم ما يرفع حكم الطلاق

٥٠٣٨ ـ واذا كان يرفع حكم الطلاق فاذا تم لزم حكمه ، وهو كالمبتدأ والخبر الذي لايصح تأخره عنه .

فصــــل

استثناء بناء الدار

٥٠٣٩ ـ واذا اقر الرجــل بدار واستثنى البناء فللمقر له الدار والبناء، لأن اقراره بالدار يوجب ثبوت يده على البناء لأنه مما يدخل في البيــع على طريق التبع فصار كأنه رجع عن بعض ما اقر به فلا يقبل .

فصــــل

استثناء بيت أو حصة من الدار

٥٠٤٠ ـ ولو قال الا بيتاً منها او الا ثلثها او ربعها فالاستثناء صحيح ويلزمه ما بقى لانه استثناء مما تناوله اللفظ .

٥٠٤١ ـ وفي المسألة الاولى دخل البناء من طريق المعنى واستثناء دخـــل من طريق الحكم فلا يصح .

فصـــــل

بناء الدار لفلان

٥٠٤٢ ـ ولو قال : بناء هذه الدار او العرصة لفلان فهو كما قال لأن العرصة عبارة عن بياض الارض دون البناء في ذلك فلم يلزمه .

فصـــــل

أقر بغصب ثوب من منديل

٥٠٤٣ ـ واذا قال : غصبت ثوباً في منديل من هذا الرجل لزماه جميعاً .

فصـــــل

حنطة في جراب إلخ

٥٠٤٤ ـ وكذلك الحنطة في جراب والتمر في قوصرة والدرة في الصدفة .

٥٠٤٥ ـ وقال الشافعي يلزمه المقر به دون الظرف .

٥٠٤٦ ـ واتفق الفريقان انه لو قال دابة في اصطبل لزمته الدابة دون الاصطبل

٥٠٤٧ ـ وقال محمد يلزمه الجميع لأن الظرف يتناوله الفعل قبـــل المغصوب فلزمه الجميع .

٥٠٤٨ ـ وان قال : ثوب في عشرة اثواب لزمه الثوب عند ابي يوسف .

٥٠٤٩ ـ وقال محمد يلزمه احد عشر ثوباً

٥٠٥٠ ـ لان العشرة لاتكون وعاء في الظاهر لثوب واحد ، ومحمد يقول يجب تصحيح قول المكلفين .

فصـــــل

غصبت من فلان لا بل من فلان

٥٠٥١ ـ ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان سلمه الى الاول وضمن للثاني قيمته لأنه اعترف بأتلافه عليه .

٥٠٥٢ ـ وقال الشافعي لايلزمه ضمان في أحد قوليه ·

٥٠٥٢ ـ لأنه اقر بمال الغير ·

فصـــــل

تجزء إقرار بوقائع متعددة

٥٠٥٣ ـ ولو قال له على الف من ثمن عبد باعنيه ولم اقبضه لم يصدق وصل أو قطع .

٥٠٥٤ ـ وقال الشافعي يصدق انه لم يقبض وهو قولهما .

٥٠٥٥ ـ واتفقوا انه لو قال من ثمن هذا العبد انه يقبل، ولا يلزمه المال حتى يتسلم العبد .

باب

الإقرار بالوارث وللوارث
وما يلزم من ذلك وما لا يلزم

فصـــــل

٥٠٥٦ ـ واذا اقر الرجل فقال هـــذا ابي او ابني أو زوجتي أو مولاى الذى اعتقني قبل اقراره اذا كان ذلك موهوماً في الابوة والبنوة والمرأة كذلك اذا قالت ذلك الا الابن فانه لا يقبل اقرارها لأنها تحمـــل النسب على غيرها .

فصـــــل

٥٠٥٧ ـ واذا مات وترك ابنين فأقر احدهما بأخ وكذبه الآخر شارك المقر فيما صار اليه ولم يثبت النسب .

٥٠٥٨ ـ وقال الشافعي لا يشاركه فيما أخذ .

فصـــــل

لا يثبت النسب بقول وارث واحد

٥٠٥٩ ـ ولا يثبت النسب بقول واحد من الورثة عنـــد ابي حنيفه ومحمد حين يكون الورثة اكثر من واحد .

٥٠٦٠ ـ وقال ابو يوسف اذا كان الواحد هو الوارث وحـــده قبل اقراره وثبت النسب .

فصــــــل

إقرار المريض بوارث ولوارث

٥٠٦١ ـ والمريض اذا اقر بوارث صح اقراره وان اقر لوارث لم يصح في حق الورثة .

٥٠٦٢ ـ وقال الشافعي يصح في الجميع .

٥٠٦٣ ـ لأنه متهم في حق الورثة ، ولأن من لايصح الوصية له بالثلث لايصح له الاقرار كما لو اقر بمال الغير .

فصــــــل

إقرار المريض لامرأة تزوجها بعد ذلك

٥٠٦٤ ـ ولو اقر لأمرأة وهو مريض وهي اجنبيه ثم تزوجها ومات جاز اقراره لها .

٥٠٦٥ ـ وقال زفر لايصح الاقرار. لأن الدين لزم قبل التزوج

فصــــــل

إقرار لأخ غير وارث

٥٠٦٦ ـ وقالوا : لو اقر لأخيه وهو غير وارث ثم صار وارثاً لم يصح اقراره اذا مات من ذلك المرض .

٥٠٦٧ ـ لأن سبب المنع حاصل قبل الاقرار .

فصـــل

وهب وهو مريض ثم تزوج الموهوب لها

٥٠٦٨ ـ وقالوا لو وهب لامرأة وهو مريض هبة ، ثم مات وقد تزوجها ، لم تصح الهبه ، وكانت كالوصية تقف على اجازه الورثة.

فصـــل

أقر لابنه بدين فتوفي ابنه قبله

٥٠٦٩ ـ ولو أقر لأبنه بدين ثم مات الابن قبله ثم مات المقر المريض وترك إبناً سواه جاز اقرار المريض بالاتفاق .

وارثه وارث ابنه المقر له بدين

٥٠٧٠ ـ ولو ان المريض لم يترك ابناً آخر ولكن وارثه وارث الابن الاول جاز اقراره له عند محمد ولم يجل عند ابي يوسف في قوله الآخر لأنه وارث له وحكم الاقرار له لازم .

فصـــل

أقر المريض بدين لرجلين أحدهما وارث

٥٠٧١ ـ واذا أقر المريض بدين لرجلين أحـدهما وارث فالاقرار باطـل باتفاق اصحابنا .

٥٠٧٢ ـ خلاف الشافعي يصح .

٥٠٧٢ ـ ولو ان الاجنبي رد اقراره للوارث وكـذبه ، وقال ليس هو لي

بشريك او رد الوارث اقراره له وجحد ان يكون له ديناً عليه فان اقراره للاجنبي لا يصح عند ابي حنيفه .

٥٠٧٤ ـ ويصح في حق الاجنبي عند محمد في مقدار حصته .

٥٠٧٥ ـ لأن الدين اذا بطل بعضه بطل جميعه ، ولا جزء من ذلك الا وهو شريك فيه .

فصـــــل

على الوارث دين أقر المريض باستيفائه

٥٠٧٦ ـ واو كان على الوارث دين فأقر المريض باستيفائه منه لم يصـــح ، وكان كما لو أقر له بدين في ظاهر المذهب .

٥٠٧٧ ـ وروى عن ابى يوسف انه يصـــح اقراره ، وفرق بين الاستيفاء وبين الدين .

فصـــــل

إقرار الأجنبي لابن المريض المقر

٥٠٧٨ ـ ولو أقر المريض بعين في يده لأجنبي ، فقال الاجنبي هو لأبن المريض ومات المريض ، بطل الاقرار في قـــول ابى يوسف الاول ، وفي قوله الثاني يصح وهو قول محمد .

فصـــــل

ثلاثة بنين وثلاثة آلاف

٥٠٧٩ ـ واذا مات الرجل وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف ، فأدعى رجل على

الميت ثلاثة آلاف ، فصدقه الأكبر في الجميع والأوسط في الفين والصغير في الف فان الكبير يؤخـذ جميع الالف من يده ، ومن الصغير ثلثا الالف ومن الاوسط خمسة اسداس الالف في قـول ابى يوسف وقال محمد يؤخذ من الاوسط جميع الالف ايضاً وفيه يقع الخلاف خاصة .

فصـــل

إقرار أحد الورثة ببيت من الدار

٥٠٨٠ ـ واذا اقر احد الورثة ببيت من الدار لرجل ، وكذبه الآخـر ، فانه يقسم اولا الدار، فان وقـع البيت في نصيب المقر سـلمه الى المقر له ، وان وقـع في نصيب الآخر ، فان يقسم ماصار الى المقر بينه وبين المقر له ويضرب المقر له(١) بمثل ذرع البيت والآخر بحصته فيما صار له في قول ابي حنيفه وابي يوسف .

٥٠٨١ ـ وقال محمد يضرب المقر له بمثل نصف ذرع البيت (٢) .

٥٠٨٢ ـ وكذلك لو اقر أحدهما بوصية بيت معين فهو على هذا الخلاف ايضاً

فصـــل

بيع أحد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين

٥٠٨٣ ـ وقالوا لو باع احد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين منها لم يصح البيـع ، لأنه يؤدي الى تفريق الصفقة على الآخر .

٥٠٨٤ ـ وروى عن ابى يوسف انه يصح ويقاسم المشتري الشريك ذلك ، وهو قول الشافعي .

---

(١) عبارة « المقر له » غير واردة في نسخة منيخ .

(٢) هذه النبـذة لم ترد في نسخة منيخ .

فصـــــل

الإقرار بزوجة الأب

٥٠٨٥ ـ وان اقر احدهما بزوجة لأبيه وكذبه الآخر فان المقر يقسم ما صار اليه بينه وبين الزوجة على تسعة اسهم سبعة للمقر وسهمان للزوجة لأنه يقول : انا وانت وأخي كان المال بيننا على ستة عشــر سهما لكل واحد منا سبعة ولك سهمان وانا اقسم ماصار الى على ذلك .

٥٠٨٦ ـ وقال غيرنا يقسم ماصار له على ثمانية اسهم لأنه اقر بالثمن لها مما في يده ، ويد الآخر فيلزمه في حصته وهــذا قول الشافعي وابن ابى ليلى .

فصـــــل

أقر أحد الورثة بدين على أبيه

٥٠٨٧ ـ وعلى هذا الخلاف اذا اقر أحد الورثة بدين على ابيه وكذبه الآخر فان المقر يدفع جميع الدين مما في يديه ، لأن الدين يقدم على الميراث ويصير الأخ كالغاصب لبعض التركة .

فصـــــل

٥٠٨٨ ـ وقال الشافعي يلزمه بحصته ما اقر به من التركة ، لأنه اقر على التركة فصار كما لو اقر بالوصيه .

فصـــــل

إقرار أحد الإبنين بالدار لهما ولأجنبي

٥٠٨٩ ـ وان اقر أحد الابنين وهو الاكبر بان الدار التي بيديهما بينهما وبين

زيد اثلاثا وقال الاصغر انها بيننا وبين زيد وعمرو ارباعا فان الذي اقرا به جميعاً وهو زيد يأخذ من الاصغر ربع مافي يديه ويضم ذلك الى ما بيد الاكبر ويجعل بينهما نصفان ويقسم الاصغر ما بقي في يديه بينه وبين عمرو نصفين ، وهذا قول ابى حنيفه عند ابى يوسف ، وهو قوله .

٥٠٩٠ ـ واما قول ابى يوسف عند محمد وهو قوله : يؤخذ مما في يد الاصغر لزيد الذي اقرا به جميعا خمس ما في يده ويضم الى مابيد الاكبر ويقسم بينهما نصفان ويقسم الاصغر مابيده بينه وبين عمرو نصفين .

٥٠٩١ ـ وقد روى هذا القول ابن زياد عن ابى حنيفه ، حكاه الطحاوي .

فصـــــل

صور من الإقرار بالشركة في المال

٥٠٩٢ ـ ولو قال رجل لآخر : هذا العبد انت شريكي فيه فهو بينهما نصفان بالاتفاق ، وان قال لفلان شركة في هذا العبد فهو بينهما نصفان كما لو قال شريكي (عند ابي يوسف (١)).

٥٠٩٣ ـ وقال محمد البيان الى المقر ، وقــوله شركة مثل قــوله له نصيب وجزء منه .

فصـــــل

الإقرار بنخله في بستان

٥٠٩٤ ـ واذا لرجل بنخلة في بستان فان الاقرار بها وما تحتها من الارض في قولهم جميعاً .

---

(١) ما بين قوسين لم يرد في النسخة المعتمدة .

٥٠٩٥ ـ واختلفوا في البيـع فقال ابو يوسف لا يدخل في البيـع ما تحت النخلة من الارض وقال محمد يدخل موضع الاصل في البيع خاصـة دون مواضع العروق لأنه لا يتوصل الى بقائها إلا بما تحتها .

فصـــل

إقرار الحرفي

٥٠٩٦ ـ والحربى اذا اسلم في دار الاسلام فأقر لرجل بأنه اخـذ منه الف درهم وهو حربي ، فقال المأخوذ منه بل اخذت ذلك وانت مسلم ، او المسلم الذي قال اخذت منك وانت حربى وقال : اخذت مني وأنا مسلم ، فان كان الشيء قائما فالقول قول المأخوذ منه بالاتفاق وان كان هالكا فالقول قوله ايضاً عند ابى حنيفه وابى يوسف .

٥٠٩٧ ـ وقال محمد القول قول الاخـذ ، ولا ضمان عليـه ، لأنه لم يقر بما يوجب الضمان .

٥٠٩٨ ـ وكذلك الخلاف في القتل والقطع .

فصـــل

لفلان أو هذا الحائط

٥٠٩٩ ـ ولو قال لفلان على عشـرة دراهم او لهذا الحائط فعليه المال عند ابى حنيفة .

٥١٠٠ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمـه شيء وكأنه قال او لا شيء .

فصـــــل

الإقرار المقترن بالخيار

٥١٠١ ـ واتفق اصحابنا انه اذا قال : له علي عشـــرة وانا بالخيار ان المال يلزمه ، لأن الخيار يثبت فيا يقبل الفسخ ، والاقرار لا يقبل الفسخ بعد ثبوته .

فصـــــل

لفلان وإلا فلفلان

٥١٠٢ ـ ولو قال لفلان على مائة درهم والا فلفلان لم يلزمه شيء ، وصار كأنه قال او لفلان ، عند ابى يوسف .

٥١٠٣ ـ وقال محمد يلزمه للاول ولا شيء للثاني .

فصـــــل

أقر بألف إلا مائة أو خمسين

٥١٠٤ ولو قال له على الف درهم إلا مائة درهم او خمسين درهماً ، قال في بعض الكتب يلزمه تسعمائة ، وقال في موضع آخر يلزمه تسعمائة وخمسون ، لأن « أو » دخلت على حرف الاستثناء فاثبتت المتبقي في رواية واثبتت في الاخـــرى مازاد لأنه اسقاط ما قد ثبت فلا يسقط بالشك .

فصـــــل

الأكر حنطة وقفيز شعير

٥١٠٥ ـ ولو قال له : على كر حنطه وكر شعير الا كر حنطه وقفيز شعير

فاستثناء الكر الحنطة باطل في قولهم جميعاً ٠

٥٠٦ ـ وابـــطل ابو حنيفه استثناء القفيز ايضاً ٠

٥١٠٧ ـ واجاز ذلك ابو يوسف ومحمد لانه يصح ٠

فصـــــل

أنت حر وحر إنشاء الله

٥١٠٨ ـ ولو قال لعبد أنت حر وحر انشاء الله عتق العبد عند أبي حنيفـــه لإن الكلمة الثانية لغو ، فصار كما لو سكت ٠

٥١٠٩ ـ وقال ابو يوسف لا يعتق لان الكلام متصل ٠

فصـــــل

الاستثناء من الكتاب

٥١١٠ ـ وقال أبو حنيفه لو اقر بدين وكتب به كتاباً ، وقـــال في آخره ، ومن قام بهـــذا الدين فهـــو ولي ما فيـــه ان شاء الله ان الكتاب يبطـــل جميعه ٠

٥١١١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الاستثناء يرجع الى ما يليه خاصـــة ، وان الدين لازم له ٠

٥١١٢ ـ لان الكتاب كالكلمة الواحدة ، لان الإفادة تحصل بالفراغ منه ٠

فصـــــل

فيما أعلم أو فيما أظن

٥١١٣ ـ ولو قال : لفـــلان على الف درهم فيما أعلم بالإقرار باطل عنـــد أبي حنيفه ومحمد ٠

٥١١٤ ـ وقال أبو يوسف الإقرار جائز •

٥١١٥ ـ وإتفقوا على أنه لو قال فيا اظن أو فيا احسب ان الاقرار باطل •

فصـــــل

من درهم إلى عشرة

٥١١٦ ـ ولو قال لفلان علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة ازمة تسعه في قول أبي حنيفه •

٥١١٧ ـ وقال ابو يوسف يلزمه الجمع •

٥١١٨ ـ وقال زفر يلزمه ثمانية •

من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير

٥١١٩ ـ وان قـــال من عشرة دراهم الى عشرة دنانير ، او ما بين عشـــرة دراهم الى عشرة دنانير فانه يلزمه عشرة دراهم وتسعة دنانير •

٥١٢٠ ـ والحنطة والشعير كذلك تلزمه الا قفيز حنطه يهبط من على الجنسين مقدماً كان او مؤخراً عند ابي حنيفة .

٥١٢١ ـ وعندهما يلزم الجميـــع .

٥١٢٢ ـ ولا يجب عليه عند زفر ، الغاية لا تدخل فى الكلام، وكذلك الإبتداء فتسقط الغاية والابتداء ، ويوجب ما بين ذلك .

٥١٢٣ ـ وكذلك قوله في الطلاق والعتاق .

فصـــل

ألف درهم بل مائة دينار

٥١٢٤ ـ ولو قال له علي الف درهم بل مـائة دينار لزمـه الجميـع عندنا بلا خلاف .

فصـــل

أقر بألف مؤجلة

٥١٢٥ ـ ولو قال : له على الف الى سنة فقال المقر له بل هي حالة ، فالقول قول المقر له مع يمينه في نفي الاجل لأنه اقر بالمال وادعى الأجل .

فصـــل

الإقرار بالكفالة مؤجلة

٥١٢٦ ـ ولو قال : كفلت له بالف درهم الى سنة فالقول قول الكفيل .

٥١٢٧ ـ ومن اصحابنا من قال القول قول المكفول له مثل الاول .

٥١٢٨ ـ وقال بعض الفقهاء : القول قول المقر مع يمينه أنه مؤجل لأنه لم يعترف بحق حال .

فصـــل

أنكرت الزواج ثم ادعت النكاح بعد موته

٥١٢٩ ولو انكرت امرأة ان رجلا تزوجها ثم مات فأدعت النكاح وصدقته ورثت منه بأجماع اصحابنا .

ادعى نكاحها بعد موتها

٥١٣٠ ـ ولو كانت المرأة هي التي اقرت وكذبها الرجـل ثم ماتت فأدعى النكاح لم يرث عند ابي حنيفة .

٥١٣١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يرث .

فصـــــل

الإقرار بالولد إقرار بالزوجية

٥١٣٢ ـ ولو اقر رجل بولد ، ثم مات فحضرت امه وادعت انها زوجته فانها ترث ، واقراره بالولد اقــرار بالزوجية لأن امر المسلم يحمل على الصحة والسلامة ما امكن .

٥١٣٣ ـ وقال الشافعي لا تكون زوجته الا بالبينة او اقرار الرجـل بها ، وهو قــول زفر لأن الولد قد يكون ولداً من وطء شبهة وملك يمين فلا يكون ذلك اقراراً بالزوجة .

فصـــــل

تصديق المقر في عدم القبض

٥١٣٤ ـ وان اقر لحمل امرأة بمال فهو على ثلاثة اوجه:

فى وجه يصح باجماع وهو ان يقول لحمل هذه المرأة عندى وصية او ميراث من جهة من يرثه فهذا يصح اجماعاً .

٥١٣٥ ـ والثاني ان يقول : اقرضني او باعني واخذت منه كذا فهذا لا يصح بالاجماع .

٥١٣٦ ـ والثالث : اذا اطلق القول والاقرار ولم يضفه الى شيء من ذلك ، قال ابو يوسف اقراره باطل ولا يلزمه شيء .

٥١٣٧ ـ وقال محمد يلزمه ما اقر به اذا خرج الولد حياً لأنه يمكن حمل قوله على الصحة .

فصـــــل

أقر بقرض لم يقبضه

٥١٣٨ ـ والاقرار بالبيع والاجارة والعارية اذا قال لم اقبض فانه يصـــدق لان البيع يتم من غير قبض وكذلك قد يستعير ولا يسلم اليه .

فصـــــل

أقر لحمل بمال

٥١٣٩ وان اقر بقرض وقال لم اقبض فالقياس ان يقبل قوله .

٥١٤٠ ـ والاستحسان ان لا يقبل ذلك ويلزمه المال ،

لأن القرض لايتم الا بالقرض فهو كالقبول في البيـــع ، وكذلك القياس والاستحسان في السلم ، والعلة فيه سواء .

فصـــــل

بيع التلجئة

٥١٤١ ـ واذا اتفق رجلان على ان يبتاعا بيعاً على التلجئـــة اليه ، فتبايعا ولم يذكرا التلجئة في البيع فالحكم لما (١) اظهراه الا ان يتفقا على انهما قصدا التلجئة .

٥١٤٢ عند ابي حنيفة ان ماتقدم منهما قد اعرضا عنه فصار كأنهما لم يتفقا على شيء

---

(١) عبارة : فالحكم لما إقتضاها السياق فاضفناها

٥١٤٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الحكم لما ابطلناه (١) والبيع فاسد الا ان يتفقا على انهما قصدا البيع ، لأن ماتقدم منهما يؤثر في الذي قصداه بعده.

فصـــــل

اختلاف الوكيل والموكل في الصفقة لمن؟

٥١٤٤ ـ واتفق اصحابنا على ان رجلا لو اقر بانه وكل وكيلا بشراء عبد له بعينه فقال الوكيل : اشتريت العبد لك .

وقال الموكل لم تشتر لي فان (كان) العبد في يد الوكيل فالقول قوله مع يمينه ، ولا فرق بين ان يكون دفع الثمن اليه او لم يدفـــع لأنه اعترف بالاذن له في الشراء ويريد ان يرجع عنه فلا يقبل .

فصـــــل

هلاك الشيء محل العقد الموكل به

٥١٤٥ ـ وان كان العبد قد هلك ، فان كان الموكل قد سلم اليه الثمن فالقول قول الوكيل لأنه أمين في ذلك ، وان كان الدفع للثمن لم يحصـــل فالقول قول الموكل لأن الاصل براءة الذمة ، والوكيـــل يريد ان يلزمه الثمن فهو المدعي ههنا .

فصـــــل

وكّله بشراء عبد بغير عينه

٥١٤٦ ولو كان وكله بشراء عبد بغير عينه فقال الوكيل اشتريت فان كان العبد هالكا فالقول قول الموكل لان العبد يدعى الضمان .

---

(١) في النسختين : ابطلناه والصواب ما ذكرناه لسياق المعنى د

فصـــل

العبد قائم

٥١٤٧ ـ وان كان الموكل دفع الثمن فالقول قــول الوكيل لانه امــين فيما دفع اليه .

فصـــل

العبد قائم

٥١٤٨ وان كان العبد قائما في يديه واختلفا فقال الموكل اشتريته لنفسك ، وقال الوكيل انا اشتريته لك ، فان كان دفع الثمن فالقول قــول الوكيل لما بيناه ، وان كان لم يدفع الثمن فالقول قول الموكل عند ابي حنيفة لان الوكيل يدعي الثمن .

٥١٤٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الوكيل لانه اعترف اه بالاذن .

فصـــل

ادعت أنها أم ولد

٥١٥٠ ـ ولو ان امة في يدي رجل فقالت : انا ام ولد لفلان او معتقة له ، فصدقها المقر له وقال الذى هي في يديه انت امتى ، فالقــول قول الامة والمقر له عند ابى حنيفة ومحمد .

فصـــل

ادعى أن أمه أم ولد

٥١٥١ ـ ولو كان مكان الأمة رجل فقال : انا ابن فلان وامي ام ولد له . وقال الذي هو في يديه انت عبدي وأمك أمتي ، فالقول قول الذي هو في يديه عند ابى حنيفة .

٥١٥٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المقر له لأنه لم يعترف برق .

فصـــــل

مجهولة النسب تزوجت ثم أقرت بالرق

٥١٥٣ ـ والمرأة المجهولة النسب اذا تزوجت رجلا ثم اقرت بالرق لآخر قبل اقرارها بالرق على نفسها ولا تصـدق (فى) ابطال النكاح ، وما ولدت قبل الاقرار فهم احرار ، وكذلك ما ولدت لأقل من ستة اشهر من يوم لاقرار .

٥١٥٤ ـ وما ولدت بعد ذلك فهم ارقاء عند ابى يوسف واحرار عند محمد لانها لا تصدق على رق الولد .

مسائل الكيس

٥١٥٥ ـ وفي كتاب الاقرار كل عجيب من المسائل نحـو مسائل الكيس والوصايا وغير ذلك من خلاف أصحابنا والمخالفين ، وذكر الجميع فلا يمكن مخافة طول الكتاب فمن مسائل الكيس في يدي رجلين فقال احـدهما الكيس بيني وبين فلان اثلاثا له الثلث ولى الثلثان ، وقال شريكه بل له النصف من الكيس ولى انا النصف ، فلا يخلو اما ان يكذبها ويدعى الكل ، او يصدقها او يصدق احـدهما ، والقسمة مع تكذيبهما جميعاً أن يأخذ من المقر بالنصف خمس مافي يده ومن المقر بالثلث خمس ما فى يديه ، وهـذا قول محمد فى الجامع الكبير .

٥١٥٦ ـ وعن ابى يوسف انه يأخذ من المقر بالنصف نصف ما فى يديه ، ومن المقر بالثلث ثلث مافي يديه .

فصــــل

٥١٥٧ ـ واذا صدق صاحب النصف اخذ الخمس من المقر بالثلث وضمه الى ما في يدي المقـــر بالنصف ، فيقسم ذلك بينهما نصفان وكذلك ان صدق صاحب الثلث خاصة اخذ الخمس من صاحب النصف وضمه الى ما بيد صاحب الثلث ، وقسم ذلك بينهما اثلاثا

٥١٥٨ ـ واذا قلنا انه لايمكن ذكر المسائل وكان المقر له تارة يستوفي ما اقر له به وتارة يصالح عنه وتارة يسقط بالابراء وجب ذكر الصلح عند ذلك .



كتاب الصلح

وهذا كتاب الصلح

جواز الصلح

٥١٥٩ ـ اعلم ان الصلح في الجملة جائز .
وقد ورد القرآن به في آية الشقاق (١) .
وقال الله تعـالى : والصلح خير .
وقال تعالى : وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما(٢)
وقد صالح النبي صلى الله عليه وسلم سهيل بن عمرو (٣) .
وفي رسالة عمر الى ابى موسى : والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً حرم حلالا او أحل حراماً .

---

(١) وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها (٥ م النساء ٤) .

(٢) وان امرأة خافت من بعلها نشـوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما، وان يصلحا بينهما ، والصلح خير (للنساء) .

(٣) ارسلت قريش قبل اسلامها سهيل بن عمرو الى النبي عام الحديبيـة بعدما صدت رسول الله (ص) عن زيارة البيت سـنة ست الهجرة فكتب بينه وبينهم كتاب الصلح المشهور وقـد جاء في أول هـذا

وقال لمعاوية : وعليك بالصلح بين المسلمين مالم يتبين لك فصل القضاء ،

وقال : رددوا الخصوم كي يصطلحوا .

فصـــل

ما يجوز الصلح عليه

٥١٦٠ ـ وهو يجوز على كل مال وعن كل حق أخذ العوض عليه من سائر الحقوق واتلاف الاموال والجنايات والقروض والمداينات .

فصـــل

أضرب الصلح

٥١٦١ ـ وهو عندنا على ثلاثة اضرب :

يكون تارة عن اقرار وتصديق .

والثاني عن سكوت لا اقرار معه .

والثالث يكون مع الانكار والجحود وهو جائز في الجملة عنـدنا في الاضرب الثلاثة .

وقال الشافعي : لايجوز مع الانكار

واتفق الفريقان ان الاجنبي اذا صالح عن المنكر انه يجوز وان كان الحق مالبث عليه .

ـ الصلح و هذا ماصالح محمد بن عبدالله سهيل بن عمرو الخ » (انظر هذا الكتاب في جمهرة رسائل العرب لأحمد زكي صفوة ج ٣ص٣٠-٣٢)

فصـــل

تكييف الصلح على إقرار

٥١٦٢ - والصلح اذا وقع عن اقرار اعتبر فيه مايعتبر فى البياعات اذا وقعت فى المال بالمال ، لأن المدعي عليه يعطي عوضاً عما أقر به ، وهذا فى معنى البيع فوجب اعتبار البياعات .

وان وقع على منافع أو بمنافع اعتبر بالاجارات لأنه اخـــذ المنفعة بالعوض ، او اخـــذ العوض عن المنفعـــة فيعتبر فى ذلك مايجوز فى الاجارات .

وبالجملة يجب ان يعتبر باقرب العقود اليه واقربها فى الصحة وحمل الأمر فى جانب على ما يجوز دون ما لا يجوز ، لأن أمر المسلم محمول على الصحة والسلامة .

فصـــل

الصلح عن إنكار

٥١٦٣ - فاذا وقع على الانكار والسكوت فيكون مايبذله المدعي عليه عن الخصومة واسقاط اليمين ، وما يأخذه المدعي بمعنى المعاوضة عن حقه ، لانه يزعم انه محق في دعواه ، وان مايأخذه هو عوض عمـــا يستحقه ، ولولا ذلك لما جاز له الاخذ ، فيعامل كل واحد بحسب مايعتقده ويدعيه ويبذله ، وغـــير ممتنع ان تختلف العقود فى حق العاقدين كالاقالة هي فسخ بين المتعاقدين بيع في حق غيرهما .

فصـــل

الصلح عن دار

٥١٦٤ - فاذا وقع الصلح عن دار لم تجب فيها الشفعة باتفاق من الجماعة اذا

كان الصلح عن انكار ، وان كان على اقرار وجبت الشفعة ، لأنها بمنزلة البيع ، لأن الذي في يديه الدار يزعم انه لم يملكها بالصلح وانما دفع المال افتداء ليمينه فلا يصدق عليه المدعي .

فصـــل

الصلح بدار

٥١٦٥ ـ وان كان الصلح بدار اخذها المدعي وجبت فيها الشفعة ، لأنه يزعم انه ملكها بعوض ، فصار كما لو أقر بالشراء وجحد البائع البيع المشترى فانها تؤخذ بالشفعة .

فصـــل

استحقاق المصالح عنه

٥١٦٦ ـ وان كان الصلح على اقرار فأستحق المصالح عنه او بعضه رجع في العوض كله ان كان استحق الكل وفي قدر ما استحق من البعض ، لأن حكم الصلح مع الاقرار حكم البيع .

فصـــل

استحقاق المدعي في الصلح عن إنكار

٥١٦٧ ـ ولو كان الصلح عن انكار واستحق المدعى ، فان العوض يجب رده ، لأن المدعى عليه بذل المال عن دفع الخصومة واليمين عن نفسه ، ومع الاستحقاق تبين انه لا خصومة بينهما ولا عين عليه ، فيجب رد العوض ، لأنه اخذه عن غير شيء (١) .

---

(١) من تطبيقات الكسب دون سبب .

فصـــــل

٥١٦٨ ـ ولو كانت الدعوى طائفة من الدار أو نصلها فاستحق النصف منها لم يرد شيئاً من المـــال ، لانه لا يجوز ان يقـــول حقي مالم يستحق من ذلك .

فصـــــل

استحقاق ثلثي الدار

٥١٦٩ ـ ولو استحق ثلثا الدار رجع الدافع على المدفوع اليه بثلث العوض ، لان ثلث ما ادعاه قد استحق وتبين انه أخذ عنه مالايستحقه (١) .

فصـــــل

٥١٧٠ ـ ولو كان المدعي قال : لك نصف الدار ولي في الباقي حق ، واستحق من الدار ثلثاها ، فانه يقال للمدعي : كم كان حقك من النصف ؟ فان قال : كان حقي الثلث من ذلك فانه يرجـــع عليـــه بنصف ما أخـــذه ، لانه يقول كان حقك النصف وحقي السدس والثلث للمستحق ، فلما استحق الثلثان فقد اخـــذ من حقك نصف سدس ومن حقي نصف سدس ، فرجع في نصف العوض .

فصـــــل

ألف إلى أجل

٥١٧١ ـ ولو كان له على رجل الف الى أجل فصالحه منها على مائة فهو جائز ويكون قد حط منه مازاد على ذلك .

---

(١) من تطبيقات مبدأ الكسب دون سبب .

فصـــــل

الصلح عن الحدود

٥١٧٢ ـ ولا يجـوز الصلح عن الحـدود لان ذلك حق لله تعالى لا يصح الصلح عنه .

فصـــــل

دعوى الرجل نكاح امرأة

٥١٧٣ ـ ودعوى الرجـل لكاح امرأة وهي تجحد فصالحته على مال حتى يدع جائز ، ويجعل ذلك كالخلع .

فصـــــل

٥١٧٤ ـ ولو كانت هي التي ادعت ، والزوج ينـكر فصالحهـا على مال لم يجـز ، لانه لايوجد من جهتها ما يأخـذ العوض عنه ، والرجـل لا يجب عليه عوض لاجل الفرقة .

فصـــــل

الصلح عن دعوى العتق

٥١٧٥ ـ واذا ادعى العبد على مولاه العتق فأنكر ، فصالحه المولى عن دعواه لم يجز لأنه اذا اخذ العوض لم يملكه ، ووجب رده الى المولى (١) .

---

(١) في هذا المثال يتجلى مبدأ الكسب دون سبب وقاعدة الغرض من العقد

فصـــل

عكس ذلك

٥١٧٦ ـ ولو كان المولى هو المدعى عليه انه اعتقه على مال ، والعبد ينكر . فصالحه عن ذلك المال جاز ، ويصير كأنه اعتق على ذلك القدر ، وحط عنه مازاد ،

فصـــل

تكييف الصلح على الدين

٥١٧٧ ـ وكل شيء وقع الصلح عليه وهو المستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ، كمن له الف فصالح على خمسمائة أو له دراهم جياد فصالح على زيوف فانه يحمل على اسقاطه بعض حقه واسقاط حقه من الجودة . (١)

٥١٧٨ ـ ولو صالحه على الف مؤجلة جاز وكأنه أخر نفس الحق لأنه لا يصح حمله على المعاوضة (لأن بيع المعاوضة بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير) (٢)

٥١٧٩ ـ ولو كانت الدراهم المدعاة مؤجلة فصالحه على خمسمائه دينار حالة لم يجز لأن الدين المؤجل لا يستحق تعجيله فيصير في حكم المعاوضة فلا يجوز بيع ذلك نسيئة .

---

(١) الهداية ١٩٧/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

(٢) مابين قوسين من الهداية ١٩٣/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

فصـــــل

ادعى دارا أنها كانت لابيه

٥١٨٠ ـ ولو ادعى داراً انها كانت لأبيـــه واله مات وتركها ميراثاً لسائر الورثة فاقر له بها او انكر ذلك وصالحه منها على مال فليس لأحد الورثة ان يشـــركه فيما اخـــذ من ذلك لأنه صـــالح عن حقـــه لا حق الميت .

باب الصلح في الدين المشترك

فصـــــل

ادعى ألفاً كانت لأبيه

٥١٨١ ـ ولو كان ادعى عليــه الفا فصالحه عن ذلك على شيء ، كان الباقي الورثة ان يدخلوا فيما اخذ من ذلك .

٥١٨٢ ـ وكذلك الرجلان يكون لهما الف على رجـــل فصالح احـــدهما عن نصيبه بمال فلشريكه الخيار ان يأخذ منه نصف ماقبض(١) وان شاء ان يتبع الغريم بماله ، فان نوى الدين رجع فيما اخذه الشريك لأن قسمة الدين في الذمة لا تجوز .

٥١٨٣ ـ وقال غيرنا ليس له ان يشاركه فيما يأخذ .
وحكى عن أبي يوسف مثله (٢) .

---

(١) الهداية (١٩٩/٣) قيد ذلك بقوله « الا ان يضمن له شريكه ربع الدين
(٢) عللت قاعدة الدين المشترك في الهداية على النحو الآتي :
« وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احـــدهما شيئاً منه ، فلصاحبـــه ان يشاركه في المقبوض ، لأنه ازداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعه الى أصل الحق

فصـــــل

بطلان الصلح عن مال بمنفعة بموت إحدهما في المدة

٥١٨٤ ـ وان صالحه على سكن بيت او خدمة عبد أو ركوب دابة شهراً ، فمات المدعي أو المدعى عليه قبل ذلك بطل الصلح عند محمد ، وجعل ذلك بمنزلة الاجارة (١).

٥١٨٥ ـ وقال ابو يوسف اذا مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وان مات المدعي فان كان على سـكن دار او خدمة عبـد لم يبطل الصلح ، ويبطل في ركوب الدابة .

فصـــــل

صالحه على خدمة عبد فقتل

٥١٨٦ ـ وان صالحه على خدمة عبد فمات العبد او قتله رجـل اجنبي او المدعي أو المدعى عليه بطل الصلح عنـد محمد ، وقال ابو يوسف ، اذا قتله اجنبي فالمدعي بالخيار ان شاء نقض الصلح ورجـع على

= فتصير كزيادة الولد والثمرة ، فله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة ، وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه ، حتى ينفذ تصرفه فيه ، ويضمن لشريكه حصته » .

(١) وردت هذه القاعدة في الهداية (١٩٢/٣) مطلقة من التفصيل الوارد في البنـد اللاحق عليها وقد جاء في المرجـع المذكور « وان وقـع (الصلح) عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات ، فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة » .

دعواه ، وان شاء مضى على الصلح ، ويؤخذ من القاتل قيمة العبد فيشتري بها عبد آخر فيخدمه .

فصـــــل

صالحه على خدمة عبد فاجره

٥١٨٧ - ولو صالحه على خدمة عبد فأجره المدعي من المدعى عليه فالاجارة جائزة عند ابي يوسف ، سلك به مسلك التمليك .

٥١٨٨ - وقال محمد لايجوز كما في الاجارة .

فصـــــل

صالحه على الغنم بصوفها

٥١٨٩ - ولو ادعى غنما على رجل فصالحه في دعواه على الصوف الذي على ظهورها على ان يجزه في الحال ويسلمه ، جاز الصـــلح عنـــد ابي يوسف ، ولم يجز عند محمد .

٥١٩٠ - واتفقا على انه لو صالحـــه على صوف على ظهـــر غنم اخرى لم يجز الصلح .

فصـــــل

تزوجها على الجراحة في جرح العمد

٥١٩١ - والمرأة اذا جرحت رجلا جراحة عمد فتزوجها على تلك الجراحة فقال : تزوجتك على الجراحـــة او الشجة او الضربة ، فان برأ من ذلك فأرش ذلك هو المهر في قـــولهم جميعاً ، وان مات فعند ابي

حنيفة لها مهر مثلها وعليها القصاص في القياس ، والاستحسان ان عليهاالدية في ما لها ولها مهر مثلها ويتقاصان (١) .

٥١٩٢ ـ وعند ابى يوسف ومحمد صار كأنه تزوجها على القصاص فوقع العفو ولها مهر مثلها .

فصــــل

لو كانت الجناية خطأ

٥١٩٣ ـ ولو كانت الجناية خطأ ، ففي قول ابى حنيفة الدية على عاقلتها ولها عليه مهر مثلها .

٥١٩٤ ـ وفي قولهما كأنه تزوجها على الدية ، فان كان مهر مثلها عشرة آلاف سلم لها ذلك ، وسقط عن عاقلتها ، وان كان مهر مثلها الف درهم فان كانت تسعة آلاف تخرج من الثلث للزوج فذلك لها ويسقط عن العاقلة وان لم يخرج من الثلث فلها مقدار ما يخرج من الثلث ، ويؤخذ الباقي من العاقلة .

فصــــل

الصلح على عهد مغصوب

٥١٩٥ ـ واذا غصب رجل عبداً فصالحه مولاه على اكثر من قيمتـــه جاز ، سواء كان ذلك العبد هالكا او باقياً عند ابى حنيفة .

٥١٩٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد : ان كان هالكا لايجوز على الزيادة .

٥١٩٧ ـ وهو قول الشافعي .

---

(١) المقاصة

٥١٩٨ ـ لأن العبد عند ابى حنيفة كان قائما في الذمة

فصل

٥١٩٩ ـ واذا ادعى الوديعة او العارية او الرهن او البضاعة فقال : هلك ذلك او رددته عليك ثم صالح عن ذلك بطل الصلح عند ابى يوسف ولم يبطل عند محمد .

٥٢٠٠ ـ وقيل ان قول ابى حنيفة مثل قول ابى يوسف لأنه قال في الاجير المشترك اذا صالح عن دعوى الضياع انه لايجوز ، فيجب ان يكون قوله مثل ذلك .

فصل

الصلح على ثوب قيمته عشرة حالة

٥٢٠١ ـ ولو اتلف ثوباً قيمته عشرة حالة فصالحه على عشرة مؤجلة صح الصلح .

٥٢٠٢ ـ وقال الشافعي لايصح .

فصل

الروشن على الطريق العام

٥٢٠٣ ـ وان اشرع روشنا (١) على طريق المسلمين فلكل أحد منعه وان لم يضر المارة .

٥٢٠٤ ـ وقالا والشافعي اذا لم يضر بأحد فليس لأحد منعه .

٥٢٠٥ ـ وجعل ذلك ابو حنيفة بمنزلة الدكة والبناء في هواء النهر والدرب المشترك

(١) الروشن فارسية لم يتعرض لها شفاء الغليل لشهاب الدين الخفاجي بالذكر ، ولكنه ذكر لفظة قريبة منها وهي روزنة وقال : الكوة ، معرب . وفى قاموس آموز كار ان روزنة هي النافذة ، ولم يتعرض لها ايضا كتاب الالفاظ الفارسية المعربة للسيد ادى شير ولا المعرب للجواليقي ، وجاء في قاموس آموز كار مامفاده ان الروشن بالفتح هو الكوة والمنور .

فصـــــل

الجذوع والقمط

٥٢٠٦ ـ ويرخص (١) عند ابى حنيفة بالجذوع على الحائط وبالتربيع ببناء احدهما وبوجه البناء ولا يرخص بالهراوي ولا بالقمط(٢)وقال ابو يوسف يرخص بالقمط.

النزاع على السقف

٥٢٠٧ ـ وصاحب السفل والعلو اذا تنازعا في السقف فهو لصاحب السفل لأنه على ملكه ، ولصاحبه العلو الانتفاع به .

٥٢٠٨ ـ وقال الشافعي هما سواء

فصـــــل

انهدام السفل والعلو

٥٢٠٩ ـ واذا انهدم السفل والعلو ، وامتنع صاحب السفل من البناء فانه لا يجبر على البناء .

٥٢١٠ ـ وقال الشافعي يجبر، ولكن يبنى صاحب العلو، ويمنع صاحب السفل من الانتفـــاع حـــتى يعطيـــه ما انفـــق في رواية ، وفى رواية اخرى القيمة .

فصـــــل

إجبار الشريك في النهر على الإنفاق

٥٢١١ ويجبر الشريك فى النهر والبئر على الانفاق .

---

(١) في النسختين : ويرجع .

(٢) الهراوي جمع هراوة وهي العصا الغليظة والقمط ماتشدبه الأخصاص (جمع خص اي البيت من القصب) (لسان العرب) .

٥٢١٢ ـ وقال الشافعي لا يجبر في أحد القولين .

فصـــــل

٥٢١٣ ـ وإن انفق الشريك كان ديناً له على شريكه .

٥٢١٤ ـ وقال الشافعي هو متطوع بذلك .

فصـــــل

وضع خشبة على حائط الجار

٥٢١٥ ـ وليس للجار وضع خشبة على حائط جاره إلا باذنه .

٥٢١٦ ـ وقال مالك له ذلك .

وهو احد قوليه

٥٢١٧ ـ وكتاب الصلح فيه مسائل كثيرة ، وقد ذكرنا من ذلك ما يجوز ان يقع ، وإذ قد ذكرنا ذلك وكان الانسان يجـوز ان يبيع ماصالح عليه ويجوز ان يوقفه وجب ذكر الوقف .

كتاب الوقف

فصـــــل

وهذا كتاب الوقف

عموم البلوى بالوقف

٥٢١٨ ـ اعلم ان الوقف من امهات الكتب والبلوى به عامـة الكل حاكم، وعامة الفقهاء وهو اكثر مايدور في البلاد.

فصـــــل

تعريف

٥٢١٩ ـ وقد ترجم كتابه بانه ازالة ملك الى غير مالك، من غير اتلاف. هذا معناه عند اصحابنا

٥٢٢٠ ـ وقيل انما سمي وقفاً لأن المالك وقف تصرفه فيه.

٥٢٢١ ـ وقيل انما سمي بذلك لأن الموقوف عليه لايتصرف في ذلك.

٥٢٢٢ ـ وبهذا سمي حبساً لأنه محبوس.

فصـــــل

أنواع العقود من حيث المحل

٥٢٢٣ ـ والعقود على ضربين:

منها ما يقع على العين.

ومنها ما يقع على المنفعة.

٥٢٢٤ ـ وكل واحد من العقدين اعني ما يقع على الرقبة والمنفعة يتنوع :
فمنها ما يملك بنفس العقد وهو البيع والنكاح .
ومنها مايعتبر فيه معنى زائد على العقد ينظم الى العقد فمن ذلك الهبة يعتبر (فيها) القبض والأذن فيه مع العقد، وهو تسليم العين الى الموهوب له ، وفى المسجد الصلاة فيه ، وفى المقبرة الدفن وفى السقاية ان يتطهر منها الناس وفي الوقف حكم الحاكم ، او يخرجه فى مخرج الوصية بعد الموت ، وفي الوصية موت الموصى .
فهذه المعاني هي التي تعتبر في هذه العقود .

فصـــــل

٥٢٢٥ ـ وذكر المتأخرون من اصحابنا ان الوقف قربة مندوب اليها ويستحب فعلها ، غير انه لا يزول ملكه عنه ، ويستحب له ان لا يرجع فيه ، وكذلك اذا مات ، المستحب لورثته ان لايرجعوا .

٥٢٢٦ ـ وحكى الطحاوي ان عند أبي حنيفة ان الوقف باطل (١) ، وحكى المخالفون عنه انه عنده مكروه .

٥٢٢٧ ـ ولو كان مكروهاً لما فعله النبي (ص) والأئمة بعده وسائر الناس ، في جميع الازمان يفعلونه من غير نكير ، ولان المقصود منه القربة فهو كسائر القرب .

فصـــــل

مصير الملك الموقوف

٥٢٢٨ ـ والوقف على ملك مالكه ، ولا يزول بمجرد القول ، ويورث عنه الا ان يحكم به حاكم او يخرجه مخرج الوصية .

٥٢٢٩ ـ وقال ابو يوسف يزول ملكه بنفس العقد .

٥٢٣٠ ـ وهو قول الشافعي .

٥٢٣١ ـ وقال محمد لايزول بنفس العقـــد حتى ينضم اليـــه قبض الموقوف عليه او الوالي .

٥٢٣٢ ـ وقد روى ابن عباس انه لما نزلت آية المواريث قال النبي عليه السلام لا حبس عن فرائض الله ،

٥٢٣٣ ـ وقال شريح : جاء محمد ببيع الحبس ، يعني دين محمد .

٥٢٣٤ ـ وهذا اخبار عن أمر محدد ، ولا يعلم ذلك الا توقيفاً ، ولأنه ازالة ملك لا الى مالك ، وليس باتلاف كما لو وهب لواحـــد من الناس فههنا اولى .

---

(١) في عبارة الطحاوي تفصيل فقد جاء في مختصره في حكاية قول ابي حنيفة في الوقف .

« ولا يجوز تحبيس الرجـــل داره ولا أرضـــه ولا وقفه لهما ، ولا صدقته لها ، وان جعل آخرها لله عز وجل ، في قول ابي حنيفة (ر) الا ان يكون فعـــل ذلك في مرضـــه الذي مات فيـــه فيخرج مخرج الوصايا ، ويجوز كما تجوز الوصايا . وقـــد روى ان محمد بن الحسن عن ابي حنيفة ان ذلك لايجوز منه في مرضه ، كما لايجوز منه في صحته ، وانه لايخرج مخرج الوصايا ، وهو الصحيح على اصوله (مختصر الطحاوي ص ٣٦ ـ ٣٧) .

فصـــــل

٥٢٣٥ ـ وحكى عن ابى يوسف انه كان يقول ابي حنيفة حتى روى له خبر عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرجع عن ذلك (١) .

٥٢٣٦ ـ والخبر انه كان له ارض تدعى ثمغ بخيبر وكان فيها نخـــل نفيس

---

(١) ورد لابي يوسف في مختصر الطحاوي رأي واحد في الوقف ولم يرد فيه رجوع عن رأي .

وقد جاء في المختصر (ص١٣٧) .

« وقال ابو يوسف : اذا جعل حبساً كان ذلك باطلا الا يجعلها حبساً موقوفاً او حبساً صـــدقة ، فيكون ذلك جائزاً ، وتكون رقبتها لله عز وجل ومنافعها لمن اشترطها له ، وان انقضوا رجعت الى الله عز وجل ، فتكون مصروفة في وجود القرب منه ، وسواء اخرجها من يده او لم يخرجها منها ، وسواء كانت في كامل او جزء شائع ، وسواء جعلها الواقف لها وقفاً على نفسه او على من سواه » وقـــد اخذ الطحاوي بقول ابي يوسف .

ولم يشر السمناني الى قول محمد بن الحسن الشيباني وهو قريب من رأي ابي يوسف في الجملة ولا يختلف عنه الا في بعض التفصيـــلات ، وقد فصل قول الطحاوي في مختصره بقوله (ص١٣٧) : « وقال محمد في ذلك بقـــول ابي يوسف إلا انه قال : لا تجـــوز صدقة ولا الوقـــوف حتى يخرجها المتصدق بهـــا والواقف لها من يده الى يد سواها ، ولا يجوز الا في مقسوم »

فقال عمر يارسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس
افأتصدق به ؟

فقال عليه السلام

ـ احبس اصلها وتصدق بثمرتها لا تباع ولا توهب ولا تورث
ولكن تنفق ثمرته ، وشرط عمر رحمه الله تعالى فقال :

« هذا ماتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والاضياف
والمساكين ولابن السبيل ولذي القربى ، ولا جناح على من وليه
ان يأكل منه بالمعروف ويؤكل صديقاً غير متمول »

فصـــــل

فقه الخبر المروى عن عمر

١٢٣٧ ـ وفي هذا الخبر وجوه من الفقه منها انه يدل على ان الصدقة بما هو
انفس افضل ،

ومنها انه قال احبس الاصل وتصدق بالثمرة فيحتمل حبس
الاصل عليك ويحتمل حبس الاصل على الجهة التي جعلت

ومنها جواز الصدقة بالثمره بعد وجودها ، ومنها قوله لايباع ولا يوهب
ولا يورث فيحتمل للنهي ، ويحتمل فعل ذلك على نية ان لا تبيع
ذلك لانه لا يجوز بيعه ،

ومنها ان الجهة التي صرف اليها عمر الصدقة لم يعينها النبي (ص)
لان ذلك يقف على اختيار عمر وايثاره .

ومنها ان الجهات التي صرف اليها عمر الصدقة هي جهات يتقرب
بها الى الله تعالى .

ومنها ان قوله : ولذي القربى يحتمل قـرابة النبي (ص) ويحتمل ان يكون قرابة نفسه ، والا ظهر انه اراد قرابته .

ومنها انه يجوز ان يشرط لمن وليها ان يأكل منها .

ومنها انه لا يجوز ان يأكل بغير اذن في ذلك .

ومنها انه يجوز ان يأكل ولا يتمول حتى لايملك ذلك عليه .

فصـــل

زوال الملك بحكم الحاكم

٥٢٣٨ ـ واذا حكم الحاكم بصحته زال الملك لان ذلك مختلف فيه ، وحكم الحاكم يقطع الخلاف ويزيل وجوه الاجتهاد ، واذا حكم نفـذ لانه موضع اجتهاد .

فصـــل

إخراج الوقف مخرج الوصية

٥٢٣٩ ـ واذا اخرج ذلك مخرج الوصايا فانه يصح ايضاً لان موته يوجب ازالة املاكه عن جميع ماله ، وبالوصية يمنع ان يدخـل ذلك في ملك الورثة ، وهو يملك ذلك كالوصية بالثلث .

فصـــل

الوقف في حال المرض

٥٢٤٠ ـ وقد روى عن ابى حنيفة في وقفه في حال مرضه روايتان :

احداهما انه يصح لانه ينزل بمنزلةالوصية ، والثانية ان المعنى الذي لا يصح لاجله حال صحته هو انه يزول ملكه بمجرد قولهوقفت ، وهو موجود ههنا ٠

٥٢٤١ ـ ومن اصحابنا من قال هذا هو الصحيح من الرواية ٠

فصـــــل

تصدقه في حياته وصحته

٥٢٤٢ ـ واذا تصدق في حياته وصحته كان ذلك في جميع ماله ، لانهيتبرع في صحته كسائر التبرعات ٠

فصـــــل

تصدقه في مرضه

٥٢٤٣ ـ واذا تصدق به في مرضه اعتبر من ثلثه لان تصرف المريض يعتبر من الثلث ٠

فصـــــل

إخراج الوقف مخرج الوصايا

٥٢٤٤ ـ وكذلك اذا اخرجه مخرج الوصايا بأن يقول :

اذا مت فهو وقف فانه يخرج ايضاً من الثلث كسائر الوصايا ٠

فصـــــل

إخراج الموقوف من يده

٥٢٤٥ ـ وقال اصحابنا : واذا جعل الرجل في صحته ارضاً مقسومة صدقة

على الفقراء والمساكين ، واخرجها من يده الى يد قيم يقوم عليها وينفق عليها ، في شربها واصلاح مجاريها ومزارعها ، ويدفع من غلتها ما تحتاج اليه لنوائبها ، ويقسم الباقي بعد ذلك كل سنة في الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة ، وليس له ان يرجع فيها ، لان الصدقة قد اعتاض عنها الثواب فهي كالهبة اذا اعتاض عنها ، وهذا لا خلاف فيه .

فصـــــل

وقف نصف أرضه مشاعاً

٥٢٤٦ ـ فان وقف نصفها مشاعاً لم يصح الوقف عند محمد .

٥٢٤٧ ـ وقال ابو يوسف يجوز وقف المشاع كما يجوز المقسوم .

٥٢٤٨ ـ لانه ازالة ملكه لا الى مالك فاشبه العتق .

٥٢٤٩ ـ وهو قول الشافعي .

٥٢٥٠ ـ ومحمد يقول يتبرع في حال الحياة من غير اتلاف كالهبة .

فصـــــل

إتخاذ مقبرة

٥٢٥١ ـ واذا جعل أرضه مقبرة واذن في الدفن فيها فمتى دفن فيها واحد لم يكن له الرجوع لان الدفن كالقبض في الهبة .

٥٢٥٢ ـ والفرق بين هذا وقبض المتولي في الوقف انه لا يزول ولا يمنع الرجوع لان المتولي يقوم مقام الواقف ، فهو كالوكيل يدفع ذلك

اليه ، وههنا اليد للمسلمين ، وهي قائمة مقام يد الله في القبض .

فصـــــل

إتخاذ الخان

٥٢٥٣ ـ واذا جعل داره خاناً لمارة المسلمين فاذا نزله أحد زال ملكه ، ولا سبيل له بعد ذلك اليها كما قلنا في المقبرة .

٥٢٥٤ ـ وان مات لم يورث ذلك عنه .

٥٢٥٥ ـ وقـد روى بعض اصحابنا في ذلك عن ابى يوسف روايتين احداهما هذه ، وهو قول محمد .

٥٢٥٥ ـ والثانية انه لا يجوز لان القياس ان لا يجوز الوقف ، وانما ترك ذلك لخبر عمر رضي الله عنه ، وذلك وارد في الثمرة فما سواها باق على القياس ، وقياس الادلة على الثمرة لانه نوع منفعة .

فصـــــل

دور مكة

٥٢٥٦ ـ ودور مكة اذا جعلها لمن يمر من الحاج فانه ليس له بعـد ذلك الرجوع فيها لان عند ابى حنيفة لا يصح وقفها ، وهي غير مملوكة وعندهما تملك ويصح الوقف فلا يرجع فيه .

فصـــــل

حفر البئر وتصدق بها

٥٢٥٧ ـ ولو حفر بئراً وجعلها صدقة فله ان يشرب منها ويتوضأ ويصـلي

فى المسجد ويدفن في المقبرة لا لانه مالك ، ولكن لانه واحـــد من المسلمين .

فصـــــل

استحقاق بعض الموقوف مشاعاً

٥٢٥٨ ـ ولو وقف أرضا فاستحق بعضها مشاعاً بطل الوقف في الجميع ، ورجع الباقي اليه فى حياته ، والى ورثته بعد وفاته .

٥٢٥٩ ـ فاما ابو حنيفة فيقول : لايصح وقف الشاع ، وان حكم بـه حاكم لانه مختلف فيه مع الاشاعة ، وقد كان له ان يرجع فيه مع الاشاعة وقد كان له ان يرجع فيه قبل ذلك .

٥٢٦٠ ـ وعلى قول ابي يوسف والشافعي لايبطل ، لان القدر الذي استحق لم يدخل فى الوقف ، وما بقي فيجوز وقفه ابتداء .

٥٢٦١ ـ ومحمد لايجيزه ابتداء فلا يجوز فى حالة البقاء .

فصـــــل

استحقاق بعض المسجد

٥٢٦٢ ـ واتفق الفريقان انه لو استحق بعض المسجد انه يبطل لانه لايصح كونه مسجداً مع تعلق حق الغير به .

٥٢٦٣ ـ وان استحق بعضه معينا فانه لايبطل لأن الباقي يجوز فيه الوقف ، وكذلك حالة البقاء .

فصـــــل

أرض لرجلين تصدقا بها

٥٢٦٤ ـ والارض اذا كانت لرجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة فهو جائز اذا دفعا ذلك الى ولي يقوم بها ، لأن مثله في الصدقة المملوكة يجوز كذلك لو وقف .

٥٢٦٥ ـ ولو تصدقا بها على رجلين صدقة واحدة لاحدهما بعينه نصيب هذا المتصدق خاصة وللآخر نصيب الآخر فهو باطل لأن الاشاعـــة وجدت من الطرفين والاصل عند محمد فى هذا الباب ان يعتبر الوقف بالصدقة فكل شركة تجوز في الصدقة فانها تجوز في الوقف ، فالشركة اذا كانت في الطرفين جميعا لم تجز .

٥٢٦٦ ـ ولو تصدق كل واحد بنصيبه عليهما وقبضاه فهو جائز لأن الشركة حصلت في احد الطرفين لأن كل واحد تصدق على اثنين .

٥٢٦٧ ـ ولو تصدقا بها على رجل واحد فوكل المتصدق عليه رجلين بقبضهما فقبضاها له جاز ، وان كان القابض اثنين لان القبض لواحد ، وهو كما لو قبض بنفسه .

فصـــــل

٥٢٦٨ ـ ولو تصدقا بها صدقة موقوفة احدهما على ولده وولد ولده ابداً ماتناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكـــين ، وجعل الآخر نصيبه على اخوته واهل بيته ، فاذا انقرضوا كانت غلتها في الحج يحج بها عنه في كل سنة وسلماها الى رجل واحد فان ذلك جائز ،

لأن المقصود من الوقف هولله تعالى فلايعتبر فيه اختلاف الجهات فصار ذلك كالجهة الواحدة .

فصــــل

شرط تقديم نفقة العمارة والخراج . . إلخ

٥٢٦٩ ـ واذا اشترط في الوقف ان يبدأ الناظر بعمارته وتأدية الخراج والعشر واصلاح الانهار والدواليب ويصرب الباقي الى ولــده فهو جائز ولاخلاف في ذلك .

فصــــل

موت العم في حياة الواقف

٥٢٧٠ ـ واذا مات القيم عليه في حياة الواقف ، فالأمر الى الواقف ، يقيم فيه من احب لأن هذا وقف من جهته ، وله ان يجعل الى من شاء .

فصــــل

موت القيم بعد الواقف

٥٢٧١ ـ وان مات بعده ولم يوص الى أحد فالأمر الى القاضي ، لأنه لما مات فقد عجز عن تصرفه ، فيكون ذلك الى القاضي ، كسائر تصرفات الميت ، من تنفيذ وصاياه وقضاء ديونه .

فصــــل

من يعين القيم من الأجانب

٥٢٧٢ ـ ولايجعل القيم من الاجانب ما وجد من ولد الواقف واهل بيته من

يصلح لذلك لأن هؤلاء اشفق وارقب فى حفظه .

٥٢٧٣ ـ وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى اجنبي جاز ، لأن ذلك حال الضرورة لأنه لابد من قيم يقوم به .

٥٢٧٤ ـ وان حصل فيهم من يصلح له صرف ذلك اليه ، لأنه لو كان موجوداً في الابتداء كان احق بذلك ، فاذا صار فى الباقي فهو احق .

فصـــــل

حيلة شرعية للاحتياط من درك الوقف

٥٢٧٥ ـ ومن اراد الاحتياط لوقفه والأمن في المستقبل من درك ، ان يشترط فى كتاب الوقف انه متى ابطله قاض او غـيره بوجه من وجـوه الابطال ، فهذه الارض بأصلها وجميع مافيها وصية من مال فلان الواقف تباع فيتصدق بثمنها على كذا وكذا ، لأنه اذا ابطل ذلك احتاج الى ان يتصدق بثمنها فلا يكون فائدة فى فسخ الوقف .

فصـــــل

الوقف على تجهيز المجاهدين

٥٢٧٦ ـ ويجوز ان يوقف على تجهيز الرجال والسلاح والكراع والنفقات فى سبيل الله تعالى لان كل هذه الجهات قربة .

فصـــــل

حيلة أخرى في التوثيق للوقف

٥٢٧٧ ـ ووجه آخر فى التوثق من ابطاله ان يتصدق به ، ثم يخاصم فيه القيم

الى قاض يرى اجازته ، ويطلب منه اجازته فيأخذ منه القيم كتاب لقضية باجازته ويشهد الشهود على القاضي بقضائه ، فينقطع الخلاف وليس لحاكم آخر ان يفسخه ، ويكون الكتاب هو الحجة على كل حاكم .

فصل

وقف الضيعة بمماليكها

٥٢٧٨ ـ وان كان في الضيعة مماليك يعملون بايديهم فوقفها ومن فيها ، وسماهم في كتاب الوقف جاز ذلك على طريق البيع لما يصح وقفه .

فصل

الاستبدال بمماليك الوقف

٥٢٧٩ ـ وللمتولى ان يستبدل بهم اذا اراد لأن الغلام يهرم والبقر يهرم فلا يمكن الانتفاع به فجاز ان يستبدل بغيره كبواري المسجد اذا خلقت .

فصل

وقف على أمهات أولاده

٥٢٨٠ ـ وان وقفها على امهات اولاده في حال وقفه ، وعلى من يحدث منهن بعد ذلك ، وسمى لكل واحدة منهن سهما في حياته وبعد وفاته مالم يتزوجن فهو جائز لأنهم قوم معينون فيجوز الوقف ، ويجوز على

من بعدث ، لان الوقف يجوز تعليقه بالشرط كما وقف على اولاده واولاداولاده ماتناسلوا كذلك هذا .

فصـــــل

جعل الرأي للقيم في توزيع الغلة

٥٢٨١ ـ وأذا جعل الرأى فى توزيع الغلة الى القيم على الوقف جاز ، وله ان يفضل ويسوى ، لأن اصل الحق يجـوز ان يقف على شرطـه ، فكذلك القدر .

فصـــــل

العمل بشرط الواقف

٥٢٨٢ ـ وجملة الحال : انك تعمل على ماشرط الواقف وتلفظ به في القدر والموقوف عليه .

فصـــــل

٥٢٨٣ ـ واختلف فى جواز الوقف المنقطع فقال محمد: لايجوز حـتى يكون علـى صفة يعلم انها لاتنقطع ولاتبطل، وهـو ان يجعل آخره للفقراء والمساكين .

٥٢٨٤ ـ وقال ابو يوسف يجوز كما تجوز الصدقة (١) .

---

(١) بقول ابي يوسف اخذ الطحاوي فى مختصره (ص ١٣٧)

فصـــــل

جواز وقف العقار إجماعاً

٥٢٨٥ ـ ويجوز وقف العقار ، الدور والاراضي والحوانيت اجماعاً .

فصـــــل

وقف الحيوان والمنقول

٥٢٨٦ ـ واختلف في وقف الحيوان والمنقول : فقال محمد لايجوز .

٥٢٨٧ وقال ابو يوسف يجوز .

٥٢٨٨ ـ وهو قول الشافعي لأنه لايتأبد فصار كالوقف المنقطع .

فصـــــل

وقف الدراهم والدنانير

٥٢٨٩ ـ واختلف اصحاب الشافعي في وقف الدراهم والدنانير فمن اجاز اجارتها اجاز وقفها ، ومن لم يجز اجارتها لم يجز وقفها .

وقف الكلب

٥٢٩٠ ـ واختلفوا في وقف الكلب فاجاز وقفه بعضهم ولم يجزه البعض لأنه لايملك .

وقف أم الولد

٥٢٩١ ـ واختلفوا في ام الولد فنهم من اجاز وقفها لانه ينتفع بها ومنهم من قال لا يجوز لانها لاتملك .

فصـــــل

وقف عهد بغير عينه

٥٢٩٢ ـ واتفق الفريقان على انه لو وقف عبداً بغير عينه او فرساً غير معين ان الوقف لايصح لانه ازالة ملك فصار كالعتق ه

فصـــــل

خروج الوقف الصحيح من ملك الواقف

٥٢٩٣ ـ والوقف اذا صح خرج مـن ملك الواقف ولم يـدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٤ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال يدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٥ ـ لانه لو جاز الانتقال لم يصح وقفه كسائر الاموال .

٥٢٩٦ ـ ولاخلاف انه يجوز ان يجعله سنة لزيد واخرى لعمرو واخرى لبكر ، ونقل الملك لايقبل الشروط ، ولأن الملك لو انتقل لم يكن للواقف ثواب لأنه لاملك له فيه ولا صنع .

فصـــــل

قسمة المشاع الموقوف

٥٢٩٧ ـ واذا وقف المشاع فللشريك ان يطلب القسمه على قول ابي يوسف واذا قسم صحت القسمة .

٥٢٩٨ ـ وهو قول الشافعي .

فصـــــل

شرط الواقف لنفسه بيع الوقف

٥٢٩٩ ـ واذا شرط الواقف لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ماهو افضل جاز ذلك عند ابي يوسف ، لان عليا رضى الله عنه جعل فى شرط وقفه ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اذا احتاجا الى بيعـــه ان يبيعوا ذلك .

فصـــــل

البداية بعمارة الوقف

٥٣٠٠ ـ وعمارة الوقف يجب البداية بها ، وان لم يشرط ذلك الواقف ،لأن لأن الغلة هي المقصودة .

فصـــــل

شرط الغلة لنفسه

٥٣٠١ ـ وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه ، او جعل الولاية اليه جازعند ابي يوسف ، وقال محمد لايجوز .

٥٣٠٢ ـ وهو قول الشافعي .

٥٣٠٣ ـ لأن عمر وليهبلسفه وشرط لمن وليهان يأ كلوقاس ذلك على المسجد والسقاية انه ينتفع بذلك .

فصـــــل

خراب المسجد بما حوله

٥٣٠٤ ـ والمسجد اذا ضرب بما حوله واستغنى عن الصلاة فيه ، فانه يعود

الى مالكه ان كان حياً ، والى ورثته ان كان ميتاً عند محمد.

٥٣٠٥ ـ وقيل انه قول ابي حنيفة .

٥٣٠٦ ـ وقال ابو يوسف لايعود ابداً الى ملكه .

٥٣٠٧ ـ لأنه وجه القربة بطل فصار كالميت اذا اكله السبع رجع الكفن الى المالك كذا هذا .

فصـــــل

على ولده وولد ولده وذريته

٥٣٠٨ ـ واذا وقف على ولده وولد ولده وذريته دخل ولدالبنات ، قال ابو يوسف وهو قياس قول ابي حنيفة .

٥٣٠٩ ـ وقال محمد لايدخلون ، وهو قول مالك .

٥٣١٠ ـ لأنهم ليسوا بولد له انما هم اولاد الاجانب .

فصـــــل

لا وقف إلا على بر معروف

٥٣١١ ـ وقال اصحاب الشافعي لايصح الوقف الاعلى بر معروف، كالمساجد والقناطر وللفقراء والاقارب ، فان وقف على مالاقربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع للطريق اويرتد عن الدين لم يصح الوقف ، لأن المقصود به القربة .

٥٣١٢ ـ وان وقف على زمن جاز لأنـــه موضـــع للقربـــة ، لأنه تجوز الصدقة (عليه) .

٥٣١٣ ـ ولهم في الوقف على المرتد والحربـــي وجهان :
احدهما يجوز كالذمى والثاني لايجوز لأنه مأمور بقتلهما :

فصـــــل

٥٣١٤ ـ وان وقف على دابة رجل ففيه وجهان احدهما لايجوز لأنمؤولتها على مالكها ؛

٥٣١٥ ـ والثاني يجوز لأنه كالوقف على مالكها .

فصـــــل

٥٣١٦ ـ ولايصح الوقف على من لايملك كالعبد والبهيمة لانه تمليك منجز فلم يصح كالهبة والصدقة (١)

فصـــــل

تعليق الوقف

٥٣١٧ ـ ولايصح تعليقه على شرط مستقبل ولا على مجهول من الناس كالبيع.

فصـــــل

الإضافة إلى مدة

٥٣١٨ ـ ولا يجوز الى مـــدة كالصدقة والعتـــق ، هـــذا كله قـــول اصحاب الشافعي .

(١) في هامش نسخة (ق) تعليق لاحد قراء النسخة بتوقيع لايقرأوعبارة هـــذا التعليق « يصح عندنا الوقف على العبد ويملكه مولاه ، فهذا داخل في قول اصحاب الشافعي » .

٥٣١٩ ـ وقد اختلف اصحابنا في الوقف على البيع والكنائس فمنهم من اجازه ومنهم من منعه .

فصـــــل

ألفاظ الوقف

٥٣٢٠ ـ والالفاظ المستعملة في الوقف : وقفت وحبست وسبلت وتصدقت وأبدت وحرمت .

فصـــــل

اختلاف أرباب الوقف في السهام

٥٣٢١ ـ واذا اختلف ارباب الوقف في السهام ولا بينـــة ، قسم على الجميع لانهم تساووا في الدعوى ، وان كان الواقف حيا رجع الى قوله لانه يستفاد من جهته .

٥٣٢٢ ـ وأن اقام احدهم بينة فهي أولى ، وتقدم في ذلك .

٥٣٢٣ ـ وفي كتاب الوقف مسائل كثيرة ، وذكر الجميع غــير ممكن ، وفي الذي ذكرت جملة مقنعة في معرفة الجملة ، ولما كان الوقف انما هو على الشركاء وكان يجوز ان يختلفوا ويطلب كل واحد حقه على سبيل المهاياة او يطلب الشريك في المشاع قسمته وجب ان نذكر ههنا كتاب القسمة .

كتاب القسمة

وهذا كتاب القسمة(١)

تولى الحاكم القسمة

٥٢٢٤ ـ اعلم بان القسمة من الامور العامة الوجود ، وتثبت بين الصغير والكبير والحاضر والغائب ، وهي من الابواب التي يتولاها الحاكم ويفعلها بنفسه تارة وبأعوانه اخرى .

ولها شعب وتفاصيل .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة قسم :

القسم مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم ، والموضع مقسم مثال مجلس .

وقسمه جزأه ، وهي القسمة .

والقسم بالكسر النصيب والحظ والجمع اقسام ، وهو القسيم والجمع اقسماء واقاسيم الاخيرة جمع الجمع ، ويقال هذا قسمك وهذاقسمي والاقاسيم الحظوظ المقسومة بين العباد والواحدة اقسومة مثل اظفور واظافير .

وقيل الاقاسيم جمع الاقسام ، والاقسام جمع القسم .

الجوهري : القسم بالكسر : الحظ والنصيب من الخير . . وقوله عز وجل « فالمقسمات أمراً » هي الملائكة تقسم ماوكلت به .

فصــــل

تكيف القسمة

٥٣٢٥ ـ واختلف فيها هل هي افراز حق أوبيع ، فنهم من قال هي بيـع حصته فيا سلم بما أخذ .

٥٣٢٦ ـ ولو كانت بيعاً لوجبت فيها الشفعة و لو كانت افراز حق لما جاز لاحدهما ان يأخذ زيادة عن حقه وقدره .

٥٣٢٧ ـ ومن الناس من قال هي في المكيــل والموزون افــراز حق ، وفي العقار بيــع .

٥٣٢٨ ـ ومنهم من قال لها شبه بالبيع ، وليست ببيع في الحقيقة ولا افراز حق ، ولكن لها حكما بين حكمين و شبهاً بالاصلين .

فصــــل

القاسم

٥٣٢٩ ـ وقد كان لكل امام قاسم وكذلك لكل حاكم .

فصــــل

الآثار المروية في القسمة

٥٣٣٠ ـ وقد روى محمد في الاصل عن ابي يوسف عن يحيى بن سعيد (١) .

---

(١) هو يحيي بن سعيد بن قيس بن ثعلبة الانصاري البخاري ابو سعيد المــدني القاضي ، روى عن انس وابن المسيب والقاسم وعراك بن مالك وخلق وعنه الزهري والاوزاعي ومالك والسفيانان والحمادان والجريران وامم ، روى له الستة ، مات سنة ١٤٣ هـ .

عن بشير بن يسار عن رسول الله (ص) انه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر سهما للمسلمين وسهم رسول الله (ص) معهم وثمانية عشر سهما منها ارزاق ازواج النبي (ص) ولنوائبه (وما ينزل به) (١).

٥٢٣١ ـ وكان عبدالله بن يحيى الكندي يقسم لعلي الدور والارضين ويأخذ على ذلك.

٥٢٣٢ ـ وذكر عن علي رضى الله عنه انه عزل شريحاً عن القضاء ثم اعاده ورزقه خمسمائة في الشهر (٢).

٥٢٣٣ ـ وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي قالا:

قسم رسول الله (ص) خيبر على ثمانية عشر سهما جمع(٣) وكانت الرجال الفا واربعمائة، وكانت الخيل مائتي فارس فكان على كل مائة رجل (فارس) وكان علي بن ابي طالب على مائة وكان عبيد السهام على مائة وكان عاصم بن عدي على مائة وكان الزبرقان على مائه وكان طلحة على مائة، وكان عبدالرحمن بن عوف على مائة، فكان سهم رسول الله (ص) مع سهم عاصم بن عدي، وكانت المغانم في الشق ونطاة وكان الشق ثلاثة عشر سهما، وكانت نطاة خمسة اسهم، وكانت الكتيبة فيها خمس الله تعالى وطعام ازواج رسول الله (ص) وعطاياه وكان اذا اسهم خرج من الشق سهم عاصم وفيه سهم رسول الله (ص) ثم سهم علي بن ابي طالب ثم سهم عبدالرحمن بن عوف ثم سهم طلحة ثم سهم ساعدة ثم

(١) الزيادة من الطبقات الكبرى لأبن سعد (٩٥/٦) (٢) ايضا.

(٣) في الطبقات الكبرى لأبن سعد (١/٢ ص٨٢) «جمع كل سهم مائة سهم».

سهم النجار ثم سهم حارثـة ثم سهم اسلم ثم سهم سلمة ثم سهم اجره ثم سهم اويس وكان اول سهم يخرج بنطاة سهم للزبير ثم سهم بياضة ثم سهم اسيد ثم سهم الحرث ثم سهم ناعم وفيه قيل محمود بن مسلمة .

٥٢٣٤ ـ وذكر عن النبي (ص) ان رجلا اعتق ستة اعبد عند الموت ولامال له غـيرهم فاقرع رسول الله (ص) بينهم فاعتق اثنـين منهم ورد اربعة (١) .

٥٢٣٥ ـ وذكر عن عمر انه قال : ماأحب ان يأخذ قاضي المسلمين عـلى القضاء اجراً ولاالذى على المغانم ولا على المقاسم ، وذكر في الاصل آثاراً سوى ماذكرنا .

٥٢٣٦ ـ وقد روي صديق بن موسى عن النبي (ص) انهقال لاتعضيد الا فيا احتمل القسم (٢) .

---

(١) انظر سبل السلام ١٤٣/٢ .

(٢) جاء في تاج العروس : العضـد بفتح فسكون من الطريق الناحيـة كالعضادة بالكسر واعضاد البيت نواحيه (واعضاد الحوض والطريق وغيره ما يشد) بالبناء للمعلوم والمجهول وبالسين المهملة والمعجمة (حواليه من البناء) الواحد عضد : وعضد البناء كالصفائح المنصوبة حـول شفير الحوض . وفي لسان العرب عضد البناء وغيره وعضده واعضاده ما شد من حواليه كالصفائح المنصوبة حول شفير الحوض، وعضد الحوض من ازائه الى مؤخره ، وازاؤه مصب الماء فيـه ، وقيل عضده جانباه . واعضاد المزارع حدودها ، وهي الحدود التي تكون فيا بين الجار والجار كالجدران في الارضين .

فصـــــل

٥٣٣٧ ـ قال اصحابنا : ولايقسم الا ما احتمل القسمة ؛

٥٣٣٨ ـ وعن الشعبي انه قال : اقسم ولو كانت آجرة ، ذكره في الاصل .

فصـــــل

جعل القاسم ورزقه

٥٣٣٩ ـ وينبغي للقاضي ان يجعل للناس قاسماً ويرزقه من بيت المال لتخف المؤونة على المسلمين .

فصـــــل

٥٣٤٠ ـ فلو اخذ الأجرة من الناس جاز ذلك لأنه عمل .

٥٣٤١ ـ وأحب الينا ان لايأخذ القاضي رزقاً على القضاء ، وان اخذ ذلك فهو جائز وليس باجرة ، وقد مضى في اول الكتاب مافي هذا الفصل ؛

فصـــــل

الإجبار على القسمة

٥٣٤٢ ـ واذا كانت الدار بين قـوم فاراد قسمتها وابى الآخرون فانهم يجـبرون على القسمة فان شاؤا اقتسموا السلعة بالذرع واقتسموا البيوت والابنيـة بالقيمة ، وان شاؤا اقتسموا الجميع بالقيمـة ، كل ذلك جائز .

فصـــــل

٥٣٤٣ ـ واذا اقتسموا فليفصل من ذلك ماكان فاصلا بقدره ولينصب للدار صورة تقع القسمة عليها .

فصـــــل

٥٣٤٤ ـ وان كان بعضهم لاينتفع بها بأخـذ لقلة وابى القسمة فان الدار تقسم ولايترك هـذا ينتفـع بحـق صاحب النصيب الكثـير عند اصحابنا (١)

٥٣٤٥ ـ وقال ابن ابي ليلى لايقسم .

فصـــــل

٥٣٤٦ ـ ولو كان كل واحد لاينتفع بها بأخذلم يقسم حتى يتفقا لأنه قال عليه السلام لاتعضيد الافيا يحتمل القسمة .

٥٣٤٧ ـ وان تفاصلوا بالدراهم جاز لانها تعدل السهام ، وتوفى الحقوق .

فصـــــل
الإقرار بكونها ميراثاً

٥٣٤٨ ـ ولو أقروا انها في ايديهم ميراث قال ابو حنيفة لااقسم حتى يقيموا البينة على وفاة والدهم ، وملكه لها ، وعدد الورثة ؛

٥٣٤٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم يقسم ذلك على اقرارهم .

فصـــــل
عزل حق الغائب

٥٣٥٠ ـ ولو كان فيهم غائب وطلب القسمة اثنان فصاعداً وحق الغائب في يد الحضور قسمت كأنها فى أيديهم جميعاً وعزل حق الغائب .

---

(١) كذلك ايضا في مختصر الطحاوي (ص ٤٩١) ؛

فصـــــل

حق الغائب وديعة

٥٣٥١ ـ ولو كان حق الغائب في يد انسان وديعة لم يقسم .

فصـــــل

اتفقوا على أنها في أيديهم بشراء

٥٣٥٢ ـ واتفق الفريقان على انها لو كانت في ايديهم بشراء قسمت على الجميع لأن الشراء حـق الحي وليس يجب حياطتـه ، والميت بخلاف ذلك .

فصـــــل

أقروا بالشراء وفيهم غائب

٥٣٥٣ ـ واتفق الفريقان انهم لو كان فيهم غائب وقـد اقروا بالشراءانها لاتقـسم الجواز ان يكذبهم فيما قالوا .

فصـــــل

طلب القسمة والباقون غيب

٥٣٥٤ ـ ولو حضر واحـــد يطلب القسمة والباقون غيب لم يقسم ،لأنـــه لاخصم عنه حاضر .

٥٣٥٥ ـ وقال ابن ابي ليلى والشافعي يقسم ويودع سهم الغائب حتى يحضر ه

فصـــــل

إقرارهم بما سوى العقار أنه ميراث

٥٣٥٦ - وكان ابو حنيفة يقسم ماسوى العقار اذا اقروا انه ميراث استحسن ذلك لانه يخاف فساده .

٥٣٥٧ - وسوا ابو يوسف ومحمد والشافعي بين الجميع .

فصـــــل

ما فيه ضرر شامل لا يقسم

٥٣٥٨ - ولايقسم حمام ولا حائط ولاجوهرة ولاثوب واحد ولاوسادة ولا بساط ولا ماشبه ذلك اذا طلب بعض الملاك ذلك ، لأن فيه ضرراً شاملا فلا يقسم حتى يتفقوا .

٥٣٥٩ - وقال مالك بن انس يقسم لانه يطلب حقه .

فصـــــل

على الميت دين وفي التركة وفاء

٥٣٦٠ - وقالوا لو كان على الميت دين فاقتسموا وفي التركـــة وفاء بالدين وفضل فالقسمة جائزة اذا قضوا الدين ، وللغريم ان يبطلها اذا حضر الا ان يقضوه حقه ، ارأيت لو خلف الميت الف درهم وعليه درهم اما كان قبيحاً ان لايقسم ذلك ؟

فصـــــل

قسمة الرقيق والمكيل إلخ

٥٣٦١ - وكان ابو حنيفة لايجيز قسمة الرقيق بعضه في بعض الا ان يكون معه شيء آخر لأنه يتفاوت .

٥٣٦٢ - واما المكيل والموزون والمواشي فانه يقسمها .

٥٣٦٣ - وقال ابو يوسف ومحمد الرقيق وغيره سواء ويقسم كل ذلك .

٥٣٦٤ - وهو قول الشافعي .

فصـــــل

قسمة العلو والسفل

٥٣٦٥ - وكان ابو حنيفة يقوم السفل والعلو كل ذراع بذراعين من العلو اذا كانت الابنية اتقارب ، وليس فيها تفاوت .

٥٣٦٦ - وقال ابو يوسف اقسم كل ذراع من العلو بذراع من السفل ، فاذا جعلت للذي يقع له السفل والعلو ذراعاً جعلت للذي يقع له العلو بلا سفل كل ذراع بذراعين .

٥٣٦٧ - وقال محمد اقسم الكل على القيمة ولا افعل ذلك .

٥٣٦٨ - وقال بعض اصحابنا وهو القياس وبه نأخذ .

فصـــــل

لهم عدة دور

٥٣٦٩ - واذا كان لهم عدة دور ، قسمت كل دار على حــدة ، ولايجمع

نصيب احدهم في دار واحدة عند ابي حنيفة وزفر .

ويقال ابو يوسف ينظر الى ماهو اعدل في القسمة فيفعله .

فصــــــل

تقسيم أجرة القاسم

٥٣٧٠ ـ واجرة القاسم على عدد الرؤوس عنـــد ابي حنيفة لانه ربما كان (النصيب الصغير) اصعب استخراجاً من النصيب الكبير .

٥٣٧١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يكون على عدد النصيب ومساحة الارض .

فصــــــل

القرعة

٥٣٧٢ ـ والقرعة بعد تعديل الانصبة عندنا تقطع التشاح والخصومة ويجعل كل سهم في بندقـــة (١) فمن خرج سهمة اخـــذ مما يليه حـــتى يكمل حقه .

فصــــــل

٥٣٧٣ ـ وان احب القاسم ان يخير بعضهم فعل ، وكل ذلك جائز ، وان قسم بينهم رجل اجنبي ثم اقرع فهو جائز لأنه امين لهما في ذلك .

---

(١) جاء في لسان العرب : البنـــدق واحـــدته بنـــدقة ، والواحـــدة البندقة والجمع البنادق وقيل البندق حمل شجر كالجوز . . والبندق الذي يرمى .

فصـــــل

٥٣٧٤ ـ وقد قال ابو حنيفة : القرعة في القياس لاتستقيم ، ولكن اخذنا فى ذلك بالسنة والاثار .

فصـــــل

التفاضل

٥٣٧٥ ـ وان وقع فى القسمة تفاضل فى الزرع لأجـــل القيمة فهو جائز ، ولاتبطل القسمة .

فصـــــل

٥٣٧٦ ـ واذا كتب فى كتاب القسمة ، فكل حق هو لهذا السهم ، فانه يدخل في ذلك الطريق والشرب والبناء والنخـــل والشجر ، كما يدخـــل في البيع .

فصـــــل

٥٣٧٧ ـ ولايدخل الثمر والزرع في ذلك اذا كان ظاهراً ، لانه ليس بحق لها .

فصـــــل

٥٣٧٨ ـ وان قال في الكتاب ، وكل قليل وكثير فهوفيها او منها ، دخل جميع ذلك في البيع والقسمة .

٥٣٧٩ ـ ولو لم يكتب ذلك لم يدخل في القسمة ولا فى البيع .

فصـــــل

بيع النصيب من غير الشريك

٥٣٨٠ ـ ولكل واحد من الشركاء ان يبيع حقه ونصيبه من غير الشريك ،في سائر الاشياء ، ولايجـوز لشريكه منعه من ذلك لانـه اقام الغير مقامه منه .

فصـــــل

خيار الرؤية في القسمة

٥٣٨١ ـ ويثبت خيار الرؤية في القسمة اذا قسم بغير محضر منه ، ولمن لم ير ذلك الخيـار اذا راه ، فان شاء اجـاز ذلك ، وان شاء رده كما في البيع ؛

٥٣٨٢ ـ وعند الشافعي قسمة مالم يره باطلة كما يقول في البيع في قياس قوله .

٥٣٨٣ ـ وسائر الاموال في ذلك سوء ، مـن العقار والمكيل والموزون والرقيق والثياب .

٥٣٨٤ ـ وكل مايجوز بيعه مع عدم الرؤية فهو في القسمة مثل ذلك .

فصـــــل

قسمة بستان وكرم

٥٣٨٥ ـ وقال اصحابنا لو اقتسم رجلان بستانا وكرما فاصاب احـدهما البستان واصاب الاخر الكرم ، ولم ير واحـد منهما الذي اصابه ، ولا راي جوفه ولانخلة ولا شجره ولكن رأى حائطه من ظاهره فالقسمة جائزة .

٥٣٨٦ - ورؤية الظاهر تكفي فى لزوم القسمة ، وكذلك قالوا في البيع ليس لاحدهما ان يرد .

٥٣٨٧ - وكذلك اذا راى كل واحد اطراف الشجر من وراء الحائط فالقسمة جائزة .

فصل
شرط الخيار لثلاث

٥٣٨٨ - ويجوز بشرط الخيار لثلاث في القسمة كما يجوز في البيع ، ولا يفسد ذلك القسمة .

فصل

٥٣٨٩ - ولمن له الخيار ان يفسخ في الثلاث ، وليس ذلك لمن لاخيار له ، كما يفعل في البيع .

فصل

٥٣٩٠ - وان مضت الثلاث قبل الفسخ فليس له ان يفسخ .

فصل
بطلان الخيار بتصرف من له الخيار

٥٣٩١ - ولو تصرف من له الخيار فى ذلك ببناء او تجصيص او هدم اوما يبطل خياره فى البيع بطل خياره .

فصل
ادعاء من له الخيار الرد

٥٣٩٢ - ولو قال من له الخيار بعد مضيها قد كنت رددت القسمة قبل

مضي الثلاث فانه لايصدق في ذلك ، ولا خيار له اذا انكر الآخر ، وان اقام (١) بينة على ذلك ابطلت القسمة .

فصـــــل

٥٣٩٣ ـ وان لم يدع ذلك هو وادعى ذلك صاحبه فانه لا يصدق وعليه البينة انه رد القسمة ، وان اقام بينة بالرد واقام الآخـــر بينة انه اجازها فاصحابنا يأخذون بشهود الرد ويبطلون القسمة .

فصـــــل

البينة بالرد

٥٣٩٤ ـ وايهما اقام البينة بالرد فهو مثـــل صاحبـــه لانه الامر الطاريء على العقد .

فصـــــل

خيار أربعة أيام

٥٣٩٥ ـ وان شرط خيار اربعة ايام فالقسمة باطلة ، وان اسقط اليوم الرابع قبل مجيئه صحت القسمة .

٥٣٩٦ ـ وهذا قول ابى حنيفة .

٥٣٩٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الشرط جائز ، وان كان اكثر من اربعة وهو قول مالك كما قالا فى البيـــع .

---

(١) فى النسختين : اقاما ،

فصـــــل

من باب قسمة الأب والجد

على الصبي والمعتوه

٥٣٩٨ ـ قال اصحابنا ، وقسمة الأب على الصغير والمعتوه جائزة ، وسائر الاموال فى ذلك سواء .

٥٣٩٩ ـ فان فعل مالا يتغابن فيه الناس فالقسمة باطلة ؟

٥٤٠٠ ـ وان كان ما يتغابن فيه الناس فالقسمة جائزة ، وكذلك قالوا فى جواز بيعه .

٥٤٠١ ـ وحكم الجد اذا لم يكن اب مثل ذلك وكذلك وصى الاب عندنا ، ولا تجوز قسمة الجد ان كان للاب وصي .
والمعتوه والمغلوب على عقله في ذلك كالصبى ،

فصـــــل

وصي المرأة ووصي الأب

٥٤٠٢ ـ قالوا : ولوصي المرأة ان يقاسم لولدها الصغير ميراثه منها في غير العقار اذا لم يكن له اب ولا وصي أب ، وكذلك وصي القيم ، ووصي ابن القيم يقاسم للصغير اذا لم يكن له اب ولا وصي أب في جميع ميراثهم من الميت الذي اوصى اليه ماخلا العقار .

٥٤٠٣ ـ وليس لوصي الام ولا لوصى العم والاخ ان يقاسم ميراثا لهم غير ذلك .

٥٤٠٤ ـ فاما وصى الاب فيقاسم ميراثهم من الاب وغيره .

فصـــــل
قسمة الأب الكافر

٥٤٠٥ ـ ولا تجوز قسمة الاب الكافر على الصغير المسلم ، وكذلك المكاتب والعبـــد المأذون على الحر الصغير من ولده ، لا عتقه لا ولاية لهم على الصغير .

باب
القسمة ترد العيب

فصـــــل

٥٤٠٦ ـ واذا وجد احدهم بما صار اليه عيبا من حائط منهدم او جـــذع منكسر فانه يرد ذلك ، كالمعيب في البيع سواء .

٥٤٠٧ ـ وكذلك (ان) وجد سهمه من الطعام عفنا فانه يرد ذلك ويرجع على اصل حقه كما كان .

٥٤٠٨ ـ وان كان ذلك عبيداً او ثياباً او حيوانا فاصاب بأحد ما اخذه عيبا رد المعيب خاصة ، وعادشريكاً بقدر المردود فيما اخذه .

فصـــــل
استحقاق ما في يد أحد الشركاء

٥٤٠٩ ـ واذا بنى أحـــد الشركاء في نصيب ما او غرس غرساً ثم استحق بعض ما في يديه وكلفه الحاكم نقضه لم يرجع على شريكه بشيء من القيمة اذا كان ذلك في ارض واحدة ودار واحدة ، ســـواء قسما

باختيار او باجبار ، وهذا قولهم جميعاً ، بخلاف البيع .

٥٤١٠ ـ وان كانت اراضي مختلفة او دور مختلفة ، فأخذ كل واحد منهم فبنى وغرس ثم استحق ذلك بطلت القسمة ، واذا امره الحاكم بالجذاذ والقلع فانه يرجع بحصة مايصيب شريكه عليه من البناء ، وكذلك ان اخذ أمة من الاماء فاولدها ثم استحقت وضمن قيمة الولد فانه يرجع على شريكه بنصف ماغرم من القيمة .

باب
دعوى الغلط في القسمة

٥٤١١ ـ واذا اقتسم الرجلان دارا أو ارضاً وقبض كل واحد منهما حقه من ذلك ثم ادعى احدهما الغلط فيما اخذ فان القسمة لا تعاد الا ان يقيم البينة بالغلط .

٥٤١٢ ـ وله ان يستحلف الشريك ، فان حلف بريء وان نكل عن اليمين عاد الامر كما كان ، ولا تعاد القسمة بدعوى الغلط بحال بعد ان أقر الشريك باخذ حقه .

٥٤١٣ ـ وان اقتسما دارين واخذ كل واحد واحدة ، ثم ادعى احدهما الغلط واقام بينة انه له كذا وكذا ذراعاً فاضلا في يد الآخر ، فانه يقضي له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة ، وليس هذا كالدار الواحدة عند ابى يوسف ومحمد .

٥٤١٤ ـ وفي قياس قول ابى حنيفة القسمة فاسدة ، والدار بينهما نصفان ، لان احدهما رجع لجهل الموضع ، فهو كمن اشترى اذرعاً من دار ولم

يبين موضع الاذرع ، فالبيع باطل عند ابى حنيفة .

٥٤١٥ ـ واذا اختلف فقال احـــدهما اصابني الف وقبضت تسمائة ، وقال الآخر بل قبضت الفاً فانهما يتحالفان ويترادان القسم لانه لم يقر بقبض المائة ، وقد اقر بها الذي هي في يديه .

٥٤١٦ ـ ولو قال له احدهما : اصابني هذا البيت وهو في يد شريكه ؟

وقال الآخر لم يصبك ذلك وانما ذلك لي وحقي ؟

قيل له :

أكان في يد شريكك قبل القسمة فلم يدفعه اليك او اخذه من يديك بعد القسمة ؟

فان قال اخذه بعد القسمة باجازة او عارية فالقسمة جائزة ويحلف شريكه على دعواه

وان قال كان قبـــل القسمة فلم يسلمه تحالفا وترادا لانه لم يقر بقبض حقه .

٥٤١٧ واذا كانت الغنم مائة واقتسماها وقال احدهما : اصابك خمسون ولي خمسون وانما دفعت لي اربعين وقد بقي لي عشرة في يدك من حقي ولم تدفعها الي .

وقال الآخر : بل اصابني ستون بالقسمة واصابك اربعون فانهما يتحالفان ويترادان القسمة .

٥٤١٨ ـ ولو كانا اشهدا بالقسمه والاستيفاء كان القـــول قـــول الذي في يده الستون .

فصـــل

استحقاق بعض ما صار إلى أحد الشريكين

٥٤١٩ ـ واذا استحق رجل بعض ماصار الى أحد الشريكين بالقسمة فانه على وجهين أحدهما ان يستحق ذلك مشاعاً والثاني ان يكون معيناً .

٥٤٢٠ ـ فان كان مشاعاً وقد استحق نصف مافي يده فهو بالخيار ان شاء ابطل القسمة وان شاء اجازها وشارك شريكه في نصيبه الذي اخذه بقدر ما استحق من سهمه .

٥٤٢١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد القسمة باطلة ولا خيار . وان كان ذلك معينا فالخيار اليه في الابطال في قولهم جميعاً .

فصـــل

توقف القسمة على حضور الغائب

٥٤٢٢ ـ واذا اقتسم الشركاء وفيهم غائب عزلوا سهمه .
فالقسمة موقوفه على حضـوره ورضاه ، فان اجاز ذلك جاز وان فسخ بطلت ، وان مات قبل الاجازة والفسخ وله وارث فاجاز ذلك جاز عند ابى يوسف .

٥٤٢٣ ـ ولم يجز عند محمد ، لأنه خيار الاجازة لا يورث .

ظهور شريك ثالث

٥٤٢٤ ـ وان ظهر شريك ثالث فالقسمة باطلة عندهم جميعاً .

فصـــــل

استحقاق عشرة أقفزة من أصل أربعين اقتسماها

٥٤٢٥ ـ والحنطة اذا كانت بين اثنين وهي اربعون قفيزاً فاقتسماها واخـــذ احدهما من ذلك عشرة القفزة وثوباً واخـــذ الآخر ثلاثين قفيزاً ثم استحق من الثلاثين عشـــرة اقفزة فانه يرجع على صاحبـــه بنصف الثوب في الاستحسان ، وكان القياس ان يرجع عليه بثلث الثوب وسدس العشرة اقفزة .

٥٤٢٦ ـ وكذا روى ابن زياد وقاله في الزيادات .

فصـــــل

اقتسما داراً وأرضاً

٥٤٢٧ ـ واذا اقتسما داراً قيمتها الف وارضاً مثل ذلك ، على ان يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبداً قيمته الف ثم استحق من علو الدار ماقيمته عشر السفل فانه يرجع على صاحب الارض بستة عشـــر درهماً وثلثي درهم ، عند ابى حنيفة يرجع في الدراهم ولا يرجع في الارض .

٥٤٢٨ ـ وقال ابو يوسف يرجع بعشر الارض .

٥٤٢٩ ـ وكتاب القسمة كبير ، وفيه مسائل جمة ، وذكر الكل فلا يمكن ، ولما كانت القسمة في معنى البيع من وجـــه وكانت افرازا عنـــد آخرين من العلماء وكان البيـــع يتعلق به وجوب الشفعة في العقار وكانت القسمة بيعاً لا يجب فيه شفعة وجب ان نذكر كتاب الشفعة عقد ذلك .

كتاب الشفعة

وهذا كتاب الشفعة(١)

حكمة الشفعة

٥٤٣٠ ـ اعلم ان الشفعة وضعت لدفع الضرر عن الشريك والجار ، ولهـذا وجبت في العقار خاصة .

القياس عدم وجوبها

٥٤٣١ ـ والقياس انه لا تجب شفعة لأنه اخذ مال الغير بغير رضاه .

وجوبها استحساناً

٥٤٣٢ ـ والاستحسان انها تجب لدفع الضرر .

الآثار المروية

٥٤٣٣ ـ والاصل في هذا الباب ماروواه ابن المسيب عن النبي (ص) انه قال :

---

(١) الشفعة في اللغـة الزيادة ، وهو ان يشفعك فيما يطلب حتى تضمه الى ماعندك فتزيده ، وتشفعه بها ، أي ان تزيده بها ، أي انه كان =

« انما الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحـــدود وهدمت الطرق

= وتراً واحداً فضم اليه مازاده وشفعه به ، وقال القتيبي في تفسير الشفعة كان الرجل في الجاهلية اذا أراد بيع منزل اتاه رجل فشفع اليه فيما باع ، وجعله اولى بالبيع ممن بعد سبقه ، فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعاً ، وفي الحديث : الشفعة في كل مايقسم ، الشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة ، لان الشفيع يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وتراً فصار زوجا شفعا . وفي حديث الشعبي الشفعة على رؤوس الرجال ، هو ان تكون الدار بين جماعـــة مختلفي السهام فيبيع واحد منهم نصيبه ، فيكون ماباع لشركائه بينهم على رؤسهم لا على سهامهم ، والشفيع صاحب الشـــفعة وصاحب الشفاعـــة (لسان العرب) .

وفي سبل السلام للامـــير الصنعاني (٣/٧٣) « الشفعة بضم الشين المعجمة وسكون الفاء : في استقاقها ثلاثة أقـــوال : قيل من الشفع وهو الزوج وقيل من الزيادة وقيل الاعانة ، وهي شرعاً انتقال حصة الى حصة بسبب شرعي كأن انتقلت الى اجنبي بمثل العوض المسمى وقال أكثر الفقهاء انها واردة على خلاف القياس ، لانها تؤخذ كرهاً ولان الاذية لا تدفع عن واحد بضرر آخر ، وقيـــل خالفت هـــذا القياس ووافقت قياسات أخر بدفع ضرر الغير بضرر الآخـــر ، ثم يؤخذ حقه كرهاً كبيع الحاكم عن المتمرد والمفلس ونحوها . اهـ .
اقول وهذا محل نظر وقياس مع الفارق لأن البيـــع في المثالين مرده رابطة الدين بين الطرفين وتقصير المدين في الوفاء ولا رابطة بين الشفيع =

فلا شفعة » (١) .

٥٤٣٤ ـ وروى رافع عن النبي (ص) انه قال الجار أحق بسقبه (٢) والسقب القرب . في اللغة (٣) والشريك لا يسمى جاراً في صحة الكلام ، وخبر جابر انه عليه السلام قال : « الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً » (٤)

= وبين مشتري الدار . والصحيح ان الشفعة على خلاف القياس ومبناها عرف قديم فاذا زالت الضرورة وتضرر الناس بذلك العرف جاز للمشرع ايقاف العمل بالشفعة بتخصص القضاء بعدم النظر .

(١) ـ سبل السلام ٧٥/٣ وفيه ان القسمة تبطل الشفعة .

(٢) ـ ومعنى الحديث ان الجار أحق بالشفعة اذا كان جاراً ملاصقاً (كتاب الاثار لأبي يوسف هامش ٥ من (ص ١٦٧) .

(٣) ـ جاء في صدد هذا الحديث في بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام « رواه احمد والاربعة ورجال ثقاة » وجاء في سبل السلام (٧٥/٣ـ٧٦) احسن المصنف بتوثيق رجاله وعدم اعلاله ، والا فانهم قد تكلموا في هذه الرواية بانه قد انفرد بزيادة قوله « اذا كان طريقهما واحداً » عبدالملك بن ابي سليمان العزرمي . قلت : وعبدالملك ثقة مأمون لا يضر انفراده ، كما عرف في الاصول وعلوم الحديث . والحديث من ادلة شفعه الجار ، الا انه قيده بقوله « اذا كان طريقهما واحداً » ، وقد ذهب الى اشتراط هذا بعض العلماء ..

فصـــل

الشفعة في العقار وحده

٥٤٣٥ ـ والشفعة واجبة في جميع ما بيـع من العقار دون غـيره ، الدور

---

(٤) ـ جاء في كتاب الآثار لأبي يوسف « قال حدثنا يوسف عن ابيه عن ابي حنيفة عن عبدالكريم عن المسور بن مخزمة (؟) (ان) ابا رافع (٧) ساومه سعد ببيت ، فقال سعد : خذ هذا البيت باربعمائة اما إني قد اعطيت به ثمانمائة ولكن اعطيكه لحديث سمعته من رسول الله (ص) انه قال : الجار احق بسقبه ، (الحديث ٧٦٧ من كتاب الآثار) والسقب القرب ، ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة اذا كان مجاوراً ملاصقاً .

وفي سبل السلام (٣/٧٥) ورد عن ابي رافع (ر) قال : قال رسول الله (ص) « الجار احق بصقبه » بالصاد المهملة مفتوحـة وفتح القاف ، القرب ، اخرجه البخاري ...والحديث .. يعم الشفعة ، فذهب الى ثبوتهـا (للجار) الهادوية والحنفية وآخرون لهـذه الاحاديث ولغيرها كحديث الشهيد بن سويد قال « قلت يارسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولاقسم الا الجوار ، قال : الجـار أحق بصقبه وحديث جابر (اي حديث الجار احق بشفعة جاره الخ) وذهب علي وعمر وعثمان والشافعي واحمد واسحق وغيرهم الى انه لا شفعة بالجوار .

والمنـازل والحوانيت والحانات والمزارع والبساتين والارحـة والاراضي والحمامات والارحية ، اذا وقع البيع على عراص ذلك ، كله ، وسواء كانت في مصر أو قرية أو غير ذلك من ارض الاسلام اذا كان ذلك مملوكا يجوز بيع مالكه ، وكان البيع باتا ليس فيـه خيار شرط ، للسنة التي روينا ، ولأجماع العلماء على ذلك .

٥٤٣٦ ـ وقال مالك تجب في السفن .

٥٤٣٧ ـ ولو وجبت في السفن لوجبت في كل منقول، ولا خـلاف انهـا لا تجب في ذلك .

فصـــل

لا شفعة إذا كان الخيار للبائع

٥٤٣٨ ـ واذا كان الخيار للبائع لم تجب الشفعة لأنه لم يرغب عن ملكه ولا خرج عنه عندنا .

٥٤٣٩ ـ وقد كان يلزم الشافعي ان يوجب الشفعة على قوله الذي يقول انه يملك المشتري ذلك .

فصـــل

وجوب الشفعة في الخيار للمشتري

٥٤٤٠ ـ وان كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة لأن خيـاره لا يمنع من خروج الملك عن البائع ، وان لم يدخل في ملك المشتري في أحدى الروايتين.

فصـــــل

خيار الرؤية والعيب لا يمنع الشفعة

٥٤٤١ ـ وان كان خيار رؤية او عيب لم يمنع وجـــوب الشفعة ، لأن ذلك لا يمنع من اتمام الملك فيه ، وهذا ينبني على جواز بيع ما لم يره .

٥٤٤٢ ـ خلاف الشافعي .

فصـــــل

الشفعة في مدة الخيار

٥٤٤٣ ـ ولا فرق بين ان يأخذ ذلك في مدة الخيار أو بعدها .

فصـــــل

لا شفعة في البيع الفاسد

٥٤٤٤ ـ والبيع الفاسد لا تجب الشفعة فيه مادام حق النقض قائما فيه ، سواء قبض ذلك أو لم يقبض ، لأن حق القبض للبائع سابق لحق الشفيع ، فهو كشرط الخيار .

فصـــــل

خروج المبيع إلى غيره

٥٤٤٥ ـ واذا خرج المبيع عن ملكه الى غيره فالشفيع بالخيار ان شاء اخذه

بالثمن الثاني ، وان شاء رد البيع وأخذه بقيمته من الاول ،

فصـــــل

٥٤٤٦ ـ وان بنى المشتري في المبيع بيعاً فاسـداً سقط حق البائع ووجبت الشفعة فيه عند ابى حنيفة .

٥٤٤٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا شفعة .

٥٤٤٨ ـ وهو قول الشافعي .

٥٤٤٩ ـ والمسألة تبنى على ان البيع الفاسد اذا اتصل به القبض ملك ، واذا سقط حق الفسخ فيه لزم وصح كالصحيح .

فصـــــل

٥٤٥٠ ـ واتفق العلماء على ان الشفعة لا تجب في الميراث .

٥٤٥١ ـ وقال اصحابنا اذا ملكت الارض بغير بدل يجب بالعقد كالهبـــة والوصية فلا شفعة في ذلك .

٥٤٥٢ ـ وقال مالك تجب الشفعة في الهبة بالقيمة ولو وجبت في الهبة وجبت في الميراث والوصية .

فصـــــل

٥٤٥٣ ـ وان استأجر داراً بدار أو عبـداً بدار أو تزوج امرأة على دار أو صالح من دم عمد يجب به القصاص على دار ، او خلع بها امرأة أو اعتق بها عبداً فلا شفعة في ذلك عند اصحابنا .

٥٤٥٤ ـ وقال الشافعي يجب في ذلك الشفعة .

٥٤٥٥ ـ وهو قول ابن ابي ليلى .

٥٤٥٦ ـ لأن هذه المعاني لا قيمة لها في حق غير العاقد وليس لها مثل يؤخذ به ، ولا يجوز ان يؤخذ بالقيمة لأنه كان يجب ان يوجب ذلك في الهبة .

فصل

لا شفعة في الهبة بشرط العوض

٥٤٥٧ ـ والهبة بشرط العوض لا تجب فيها شفعة حتى يقع التقابض ، فاذا وقع أخذ بمثل العوض ان كان له مثل من الوزن والكيل والعدد وان كان لا مثل له اخذه بقيمته يوم وقع القبض ، وفي البيع يوم وقع البيع .

٥٤٥٨ ـ وقال زفر تجب الشفعة بنفس عقد الهبة اذا كان ذلك على عوض لأنه عقد بيع ، وقد قدمنا ذلك في كتاب الهبة .

فصل

عوض عن الهبة من غير شرط

٥٤٥٩ ـ ولا عوض عن الهبة من غير شرط فلا شفعة عندنا ، لأن العقد لم يجب به بدل له قيمة فلا تجب به الشفعة عند اصحابنا جميعاً .

فصل

٥٤٦٠ ـ وتجب الشفعة في العلو الذي لا سفل معه ، وفي السفل الذي لاعلو

معه وفيهما جميعاً لأن حق الاستقرار قائم في ذلك لمالكه ، والبناء بخلاف ذلك لأنه يجب تسليمه منقوضاً .

٥٤٦١ ـ وقد كان القياس عندهم ان لايصح بيع ذلك لأنه لا يمكن بيعه الا بان يكون بيعاً لما يصح ان يزال عن موضعه ، واستحسنوا جواز ذلك في الجملة .

فصل

لا شفعة فيما لا يجوز بيعه

٥٤٦٢ ـ وكل عقار لا يجوز بيعه ولا يملك بالبيع فلا شفعة فيه ولا تجب الشفعة به كالوقوف والرباطات والمساجد والمقابر والسقايات والآبار التي للشرب على قول من اجاز ذلك .

٥٤٦٣ ـ ومن لم يجز هذه الامور فهو وسائر الاملاك سواء .

فصل

لا شفعة في دور مكة

٥٤٦٤ ـ ودور مكة لا تجب فيها شفعة على قول ابي حنيفة في رواية الأصل .

٥٤٦٥ ـ وفي رواية الحسن تجب .

٥٤٦٦ ـ وهو قولهما .

فصل

الشفعة في أرض السواد

٥٤٦٧ ـ والسواد وأرض الخراج مملوكان يجوز بيعهما وتجب الشفعة فيهما

خلافاً لمن قال لا يجوز ذلك من الشافعي وغيره ممن قال هي موقوفة .

فصـــل

جواز الشفعة بجواز البيع

٥٤٦٨ ـ ووجوب الشفعة يتبع جواز بيع الارض في المشاع والمقسوم ، فما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه .

فصـــل

من تجب لهم الشفعة

٥٤٦٩ ـ والشفعة واجبة للمسلم والذمي والحر والمكاتب والمأذون له في التجارة والمعتق بعضه ، وتجب عليهم الشفعة لأن الشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه ، ويملكه عليه المستحق وان كان كل واحد من هؤلاء لا يصح ان يملك ذلك على البائع بالبيع فكذلك بالشفعة .

٥٤٧٠ ـ وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه لاشفعة للذمي على مسلم وهو قول شريح والحنابلة .

٥٤٧١ ـ والجميع بخلافه .

فصـــل

باع ما تجب الشفعة فيه مع جعل الخيار له

٥٤٧٢ ـ ومن باع ما تجب الشفعة فيه أو اجاز بيع البائع له اذا جعل الخيار اليه

فلا شفعة له ، وان اشترى ما يجب اه فيه الشفعة او اجاز البيع فله الشفعة .

٥٤٧٣ ـ ومنهم من قال تجب لها الشفعة ومنهم من قال لا تجب في الجميع لأن البائع (١) فهو كالبائع نفسه فلا تجب له شفعة ، ولانه لو وجبت له الشفعة لاسقطباخذه ما وجب عليه للمشتري من الحقوق وليس له ذلك ، لانه اذا باع فقد رضي بسقوط الشفعة ، والمشتري بخلاف ذلك كله وهو الصحيح .

فصـــل

استحقاق الشفعة

٥٤٧٤ ـ وتستحق الشفعة بالشركة في المبيع ثم بالشركة في حقوقه ، ثم بالجوار الاقرب فالأقرب (٢) .

٥٤٧٥ ـ وحكى أبو الحسن في مختصره عن ابي يوسف ان بعض اصحابنا قال : لا شفعة الا للشريك الذي لم يقاسم .

٥٤٧٦ ـ ولا فرق عندنا بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل .

---

(١) كذا في النسختين .

(٢) في مختصر الطحاوي : أولى الشفعاء بالمبيع الشريك الذي لم يقاسم ، ثم يتلوه الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق ، ثم يتلوه الجار الملاصق . (مختصر الطحاوي ، ص١٢٠) .

٥٤٧٧ ـ وقال الشافعي لا شفعة إلا في متاع يحتمل القسمة ، فاما ما لا يقسم من العقار فلاشفعة فيه في أحد قوليه .

٥٤٧٨ ـ واتفق قوله على ان الجوار لا تستحق به شفعة .

فصـــــل

الجار المحاذي

٥٤٧٩ ـ واتفق الفريقان على ان الجار المحاذي لا شفعة له .

فصـــــل

الخليط

٥٤٨٠ ـ وانما قدم الخليط لقربه والشريك في الحقوق اقرب من الجار .

٥٤٨١ ـ وكل من أوجب الشفعة لمن عدى الشريك يقول بما ذكرناه .

فصـــــل

إذا أسلم الشفيع القريب الشفعة

٥٤٨٢ ـ واذا سلم الشريك في نفس المبيع الشفعة اخذها الشريك في الحقوق واذا سلم الشريك في الحقوق اخذها الجار الملاصق ثم كذلك ابداً الى آخر الزقاق .

٥٤٨٣ ـ وقال الحسن بن صالح : اذا سلم القريب الشفعة فلا شفعة للبعيد لانه قد سلم مايستحقه الى المشتري فلا يبقى لغيره حق .

٥٤٨٤ ـ واصحابنا جعلوا ذلك كالميراث اذا سقط حق القريب بالقتل اخذ

البعيد ، ولأن الضرر حاصل على البعيد .

٥٤٨٥ - وانما قدم الشريك لان الضرر اخص به .

فصـــــل

على عدد الرؤوس

٥٤٨٦ - والشفعة تجب على عدد الرؤوس لا على قدر الانصباء .

٥٤٨٧ - وقال الشافعي تقسم على مقدار الانصباء في احد قوليه .

٥٤٨٨ - لان السبب المستحق انما هو الشركة والجوار ، دون قـدر الملك ، لانه لو انفرد اخذ الكل ولم يأخذ بقدر ملكه وبهذا فارق الديون .

٥٤٨٩ - ولو ترك الجميع حقوقهم إلا واحداً اخذ جميع ما تركوا بخلاف الدين فانه لا يأخذ الا بقدر حقه فلذلك قسم على الرؤوس .

فصـــــل

الطلب والأخذ

٥٤٩٠ - والشفعة تجب بعقد البيع وتستحق بالطلب (١) وتملك بالاخـذ . لانه اذا لم يكن بيع فلا شفعة . وقد مضى ذلك .

٥٤٩١ - واذا ترك الطلب بطلت الشفعة . ولا يحصل الملك الا بأخذ المبيع اما برضا المشتري بذلك او قضاء القاضي ، لانه لو ملك لكان تجب له الشفعة بذلك كما بعد الأخذ .

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص١٣١) بالاشهاد والطلب .

فصـــــل

٥٤٩٢ ـ وليس للشفيع ان يأخذ ذلك بغير رضا ولا قضاء .

٥٤٩٣ ـ وقال الشافعي له ان يأخذ ذلك بنفسه .

٥٤٩٤ ـ لان هذا مما يختلف فيه العلماء ويسوغ فيه الاجتهاد ، ويملك على الغير فلابد من طريق يأخذ به ذلك ، ولا يجـوز ان يأخـذ من غير شفعة .

فصـــــل

كيفية الطلب

٥٤٩٥ ـ والطلب ان يشهد عند أول ساعـة يعلم بالبيع ، ثم يقصد البائع او المشتري او المبيع فيشهد هناك لان الطلب لابد منه ، والاشهاد حتى لا يسقط حقه . والبائع لانه هو الذي باع ، والمشتري لانه اشترى ، فلابد من اعلام من تطالب منه الشفعة .

فصـــــل

فورية الطلب

٥٤٩٦ ـ والطلب على الفور في رواية الاصل .

٥٤٩٧ ـ وفي رواية هشام كالمخيرة .(؟)

٥٤٩٨ ـ وللشافعي اربعة اقوال :

احدها انها على الفور ، والثاني على المجلس ، والثالث على الابد

لاتسقط بتأخير الطلب ، كما لا يسقط حق المغصوب منه بتأخير طلبه .

وقوله (رابع) آخر الطلب الى ثلاثة ايام لانها اجل قوم ثمود .

٥٤٩٩ ـ وللمشتري ان يطالبه بالاخذ او اسقاط الشفعة .

فصـــل

٥٥٠٠ ـ واذا اشهد الشفيع على الطلب فهو على شفعته ابداً حتى يسقط بالقول عند ابى حنيفة .

٥٥٠١ ـ وقال ابو يوسف اذا مضى مجلس من مجالس القاضي ، وهو يقدر على طلبه فلم يطلب فقد بطلت شفعته (١) .

٥٥٠٢ ـ وقال محمد يسقط اذا مضى شهر

٥٥٠٣ ـ وفي قول الشافعي على ما حكيناه .

٥٥٠٤ ـ لانه قد اعلمه بالطلب وزال غرور الشفيع له فصار كسائر الحقوق الواجبة التي لاتسقط بالترك .

فصـــل

ممن تؤخذ الدار؟

٥٥٠٥ ـ وعندنا للشفيع ان يأخذ الدار من يد البائع اذا كانت بيده ، وبأذن من المشتري ان كان قد قبض الدار .

واذا اخذ من البائع انفسخ البيع بينه وبين المشتري ، لان الشـــفعة

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص١٢١) ان رأي ابى يوسف كرأي ابي حنيفة

تجب برغبة البائع عن ملكه بعقد البيع ، وهـذا المعنى حاصل قبل تسليم الدار .

٥٥٠٦ ـ وقال الشافعي لا يأخذ حتى يقبض المشتري :

فصـــل

العهدة

٥٥٠٧ ـ والعهدة عندنا على من اخذ من يده الدار ايهما كان ، وعنـده لا تكون الا على المشتري .

فصـــل

غيبة البائع أو المشتري

٥٥٠٨ ـ وان كان البائع غائباً او المشتري والمبيع فى يد البائع فانه لاشفعة حتى يحضر لان حق الحبس للبائع فاعتبر حضوره ، وحق الملك للمشتري فاعتبر احضوره ، وبالغيبه يتعذر الوصول الى ذلك .

فصـــل

إذا لم يتمكن من الإشهاد

٥٥٠٩ ـ وان لم يمكنه الاشـهاد ، وحال بينه وبين ذلك حائل ان يكون بحضرة المبيع او أحد المتعاقدين فهو على شفعته حتى يقدر على ذلك لان هذا عذر ، فهو كما لو لم يعلم فهو على شفعته .

فصـــــل

رجوع المشتري بالثمن

٥٥٠٠ ـ واذا اخذ الشفعة من البائع وقد كان المشتري دفع الثمن الى البائع ولم يقبض ، فان المشتري يرجع عليه بما وزنه ان كان باقياً وبقيمته ان كان هالكا ان كان من ذوات القيم والامثلة من ذوات الامثال لان الشفيع يدفع الثمن الى من العهدة عليه دون من لم يدفع اليه ذلك .

باب

ما يبطل الشفعة عند وجوبها

٥٥١١ ـ واذا ساوم الشفيع المشتري على ما اشتراه او سأله ان يوليه اياها او أستأجرها الشفيع من المشتري او كانت مزرعة فعامله فيها مزارعة او مساقاة او صالحه من شفعته على مال فان كل هذا تسليم للشفعة اذا كان يعلم بذلك كله ويعلم البيع ، ويبطل الصلح ويرد العوض من المأخوذ ولا شفعة له : ولا خلاف نعلمه في ذلك .

٥٥١٢ ـ وان باع الشفيع داره ، وهو يعلم بالبيع او لايعلم بطلت شفعته لأن مايستحق به الشفعة قد زال عن ملكه .

٥٥١٣ ـ وان ردها المشترى على البائع بعيب او خيار رؤية وعادت الى البائع فقد بطلت الشفعة لانه قد صار غير جار (؟) .

٥٥١٤ ـ ولو عادت الى الشفيع (عادت) على حكم ملكه الأول (؟) .

فصـــــل

شفيع باع داره

٥٥١٥ ـ وان كان الشفيع باع داره بيعاً فاسداً وقبضت فلا شفعة له ؛

٥٥١٦ ـ وان كان باع وشـرط الخيار لنفسه فهو على شفعته ، وان طلبها في مدة الخيار بالشفعة فله ذلك، ولاتبطل الشفعة بينه وبين المشتري لأن ملكه لم يزل عنه بالبيع .

فصـــــل

٥٥١٧ ـ وان باع من داره حصة معلومة ، وبقى له منها سهم فهو على شفعته بما بقى له فيها .

فصـــــل

باع من داره منزلاً

٥٥١٨ ـ وان باع منزلا منها مما لا يلي الدار المداوعة فهو على شفعته منها ؛

٥٥١٩ ـ وان كان المبيع مما يلي الدار المشفوعة وهو يستغرق جميع الحد فلا شفعة له ، وان كان قد بقى من الحد شيء مما يلي الدار المبيعـــة فهو على شفعته لأنه قد بقى له ماياخذ به الشفعة ،

فصـــــل

٥٥٢٠ ـ وللشريك اذا كان جاراً ووجبت له الشفعة فبـــاع نصيبه المشترك وبقى له الجوار فهو على شفعته ، لأن الجـــوار تجب به الشفعة اذا انفرد ، فلم يخرج من ان يكون مستحقاً الشفعة .

فصـــــل

طلب الشفيع نصف المبيع

٥٥٢١ ـ والشفيع اذا طلب نصف المبيع وسكت عن النصف ، لم تبطل شفعته عند ابي يوسف ، لأن طلب النصف طلب للجميع لأنه ليس له ان يبعض ذلك على المشتري فهو بمثابة ما لايتبعض من الحقوق كالمهر والعقر وغيره :

٥٥٢٢ ـ وقال محمد قد بطلت الشفعة لأن سـكوته عن طلب النصف يوجب ابطال الشفعة فيه ، والشفعة اذا بطل بعضها بطل الجميع .

٥٥٢٣ ـ وقال محمد لو كان طلب الكل وقال : انا اطلب الشفعة واسـلم لك النصف وآخذ انا النصف فليس هذا تسليما وهو على شفعته ولاتبطل

فصـــــل

إبطال الحق في الشفعة إسقاط

٥٥٢٤ ـ واذا ابطل حقه من الشفعة بعد الشراء سقط ، سواء علم بالشراء أو لم يعلم ، علم ان له شفعة أو لم يعلم لأنه اسقاط حق لا يقف على قبول من عليه الحق فهو كالطلاق والعتاق والابراء .

٥٥٢٥ ـ وفرق اصحابنا بين البكر تسكت وهي لا تعلم بالنكاح لا يبطـل خيارها ان سـكوتها جعـل بمنزلة الاذن في تتميم النكاح وليس باسقاط حق لها ، فاعتبر علمها بالنكاح .

٥٥٢٦ ـ وقد روى عن ابى الحسن الكرخي رحمه الله انها لو قالت : رضيت بالنكاح ، وهي لا تعلم ، يسقط خيارها ، وسوى بين المسألتين في النطق والسكوت .

فصـــــل

تصديق المشتري الشفيع على دعواه

٥٥٢٧ ـ ولا يصدق بعد ذلك انه لايعلم ، ولو صدقه المشتري ايضاً على ذلك فهو تسليم للشفعة لأن حقه اذا سقط لم ينفعه تصديق المشتري انه لايعلم كما لاينفع الزوجة والعبد المعتق تصديق المطلق والمعتق .

٥٥٢٨ ـ واذا اخبر بان الشراء وقع بدراهم فسلم الشفعة ثم اخبر بان الشراء بدراهم فسلم الخ ثم (اخبر) انه دنانير ، فان كانت اكثر قيمة من الدراهم فهو تسليم ، وان كانت اقل من الثمن (١) فهو على شفعة .

٥٥٢٩ ـ وان اخبر بالمكيل والموزون فوجد بخلاف الجنس فهو على شفعته ، لأنه يأخذ بالمثل ولا تعتبر القيمة .

٥٥٣٠ ـ وقد روى عن زفر ان لا يكون تسليما في سائر الاحوال والاجناس في الزائد والناقص والاثمان والعروض في ذلك سواء ، لانه سلم حقه على وجه مخصوص فكان بخلافه كما لو كان اقل .

٥٥٣١ ـ وغير الجنس من ذوات الامثال .

٥٥٣٢ ـ واتفقوا في ذوات القيم ان القيمة اذا كانت اكثر مما سلم به الشفعة انه تسليم وان كانت اقل فليس بتسليم .

٥٥٣٣ ـ ولو اخبر انه اشترى نصف الدار فسلم ثم علم انه اشترى الكل فهو على شفعته ؛

---

(١) في نسخة (ق) بعد ذلك « الاقل قيمة » .

٥٥٣٤ ـ ولو اخبر انه اشترى الدار كلها فسلم ، ثم علم انه اشترى النصف فلا شفعة له لان تسليم الكل تسليم لما دونه فيكون ذلك تسليما للمشتري .

٥٥٣٥ ـ وحكى الكرخي رحمه الله عن النمير بن حدار (؟) انه قال المشهد هذا الجواب فقال اذا اشترى الكل فقيل له اشتر النصف فسلم ثم علم انه اشتراها كلها بطلت شفعته وان اشترى نصفها فقيل له اشتراها كلها فسلم ثم علم انه اشترى نصفها فهو على شفعته لانه قد يسلم لكثرة الثمن في الكل والعجز عن ادائه ، وعدم قدرته ، وفي النصف لايعجز عن ذلك فلم يكن تسليما لها ، لانه اذا عجز عن البعض فالكل اولى ، فلهذا كان تسليما لها كلها .

فصل

سلم ثم علم أن مشتريها هو زيد وعمر

٥٥٣٦ ـ ولو اخبر ان زيداً اشتراها فسلم ثم علم انه وعمرو اشترياها فله ان يأخذ نصيب عمرو وقد سلم لزيد نصيبه لأنه قد يرغب في زيد ولا يرغب في عمرو ، فليس في تسليم ذلك لزيد تسليم منه لعمرو .

فصل

حضور المال

٥٥٣٧ ـ والقاضي لا يقضي بالشفعة حتى يكون المال حاضراً .

٥٥٣٨ ـ فان قضى له وطلب الشفيع المهلة امهل يوماً ويومين .

٥٥٣٩ ـ ويحبس الشفيع على الثمن كما يحبس المشتري لأنه بمنزلته في العين .

٥٥٤٠ ـ وان لم يحضر الثمن الى الأجل المذكور ابطل القاضي شفعته لأنه ضرر على المشتري وغرور (١)

فصل

أعلمه المشتري بالشراء

٥٥٤١ ـ ولو لقيه المشتري واعلمه بالشراء وقال له : هات الثمن فلم يأت به الى ثلاث بطلت شفعته ، لأن هذا هو القدر الذي يؤجل في مثله .

فصل

للدار جماعة شفعاء

٥٥٤٢ ـ واذا كان للدار جماعة شفعاء فلهم الشفعة على عددهم ، ولمن حضر منهم ان يأخذ جميعها ولا يقسم على من لا يطلب ولا على غائب ، فان حضر وطلب قضى له بحقه .

---

(١) يمكن تعميم حكم هذه القاعدة وصياغته صياغة شاملة بقولنا : كلما ترتب على تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزام مترتب على علاقة تعاقدية او غير تعاقدية ضرر بالطرف الآخر وغرور كان للطرف المضار أو المغرور ان يطلب من القاضي فسخ العقد أو قطع العلاقة .

فصـــــل

هل للشفيع نقض ما بنى المشتري

٥٥٤٣ ـ وللشفيع ان ينقض مابنى المشتري ويقلع الشجر ويبطل بيعه ووقفه .

٥٥٤٤ ـ وقال ابو يوسف : يأخذ بقيمة البناء مقلوعاً (١)

٥٥٤٥ ـ وهو قول الشافعي .

٥٥٤٦ ـ وقال الشافعي له ان يبطل جميع عقوده وتصرفه بالقول .

٥٥٤٧ ـ وعن ابن زياد وابن ابي ليلى انه اذا اوقفها او جعلهـــا مقبرة ودفن فيها فليس له عليها سبيل لأنه ازال ملكه على نحو لا يلحقه الفسخ في ذلك .

٥٥٤٨ ـ ومن اشترى دارين صفقة واحدة (ولها شفيع واحد (٢)) فليس للشفيع ان يأخذ احداهما دون الاخرى لأنه يبعض الصفقة على المشتري .

فصـــــل

٥٥٤٩ ـ وان اشترى دارين لأحدهما شفيع وليس له في الاخرى شفيع فله ان يأخذ التي له فيها الشفعة دون الاخرى .

---

(١) في مختصر الطحاوي ص١٢٤ : (بقيمة البناء قائما) وفيه ايضاً ان اخذ الشفيع بقيمة البناء قائما هو قول آخر لأبي يوسف ؛

(٢) مابين قوسين من مختصر الطحاوي (ص١٢٣) ؛

٥٥٥٠ ـ وقد ذكر الطحاوي في مختصره في ذلك خلاف رواية انه يأخـــذ الجميع او يدع (١)

فصـــــل

البناء والغرس والثمرة

٥٥٥١ ـ وللشفيع ان يأخذ البناء والغرس والثمرة المتصلة على النخل بالشفعة .

٥٥٥٢ ـ وقال الشافعي لا شفعة له في الثمرة القائمـــة لأنها عين اخـــرى . وهي عندنا كالشجر القائم في الارض .

فصـــــل

هدم البناء والغرس وذهابه بآفة

٥٥٥٣ ـ واذا هدم المشتري البناء وقلع الغرس اخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن .

٥٥٥٤ ـ وان ذهب بآفة فهو بالخيار ، ان شاء اخذ بكل الثمن وان شاء ترك .

٥٥٥٥ ـ وللشافعي قولان :

---

(١) مانسبه الى مختصر الطحاوي ليس على نحو ماورد في المطبـــوع من هذا المختصر فقد ورد فيه (ص٢٢٢) «ومن اشترى داراً من رجلين وقبضها او لم يقبضها ، صفقة واحدة ، فاراد الشفيع أن يأخذ ماباع احدهما دون ماباع الآخر ، فليس له ذلك ، وانما له ان يأخذها كلها او يدعهـــا كلها » ولعل ما اشار اليه السمناني مما اطلع عليه في نسخة خطيـــة لم تصلنا وتعليل ما اسنده الى تلك النسخة وحدة الصفقة .

احدهما يأخذ بكل الثمن في الموضعين والثاني يأخذ بالحصة في الموضعين .

فصل

٥٥٥٦ ـ وان وجد الشفيع الثمرة مقطوعة والبناء مقلوعاً فليس له اخذه بالشفعة ، انما يأخذ مادام متصلا .

باب

اختلاف المشتري والشفيع في الثمن

٥٥٥٧ ـ واذا اختلفا في الثمن وقد سلمه الى البائع فالقول قول المشتري في قدره وجنسه ، ولا يصدق عليه الشفيع ولا البائع فيما يقول لأن الشفيع كالمشتري مع البائع ، وقد بينا ذلك في كتاب البيوع .

فصل

٥٥٥٨ ـ وان اقاما بينة جميعاً فالبينة بينة الشفيع عند ابى حنيفة ومحمد لأنه المدعي (١) .

فصل

٥٥٥٩ ـ وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لأنها تثبت زيادة الثمن (٢) .

٥٥٦٠ ـ واذا اختلف المشتري والبائع فأقام البينة البائع بالفين والمشتري بألف قضى ببينة البائع لأنه يثبت الزيادة .

(١) و (٢) مختصر الطحاوي ـ ص١٢٢

٥٥٦١ - وكذلك القول قوله في الثمن اذا لم يكن بينة .

فصــــل

العبرة بما أخذه البائع

٥٥٦٢ - والشفيع يأخذ الشفعة بما اخذه البائع ، دون ما أقر به المشــتري ، لأن بينة البائع قد اكذبته فيما قال وذكر .

٥٥٦٣ - وقال الشافعي يأخذ الشفيع بما أقر به المشتري .

فصــــل

الحط من الثمن الأول والزيادة فيه

٥٥٦٤ - وقال اصحابنا : لو حط بعض الثمن أخــذ الشفيع بما بقى ، وان زاد على الثمن أخذ بالثمن الاول .

٥٥٦٥ - وقال الشافعي يأخــذ بالثمن الاول في الفصــلين لأنه وقــع به عقد البيع .

٥٥٦٦ - وفرق اصحابنا بين حط بعض الثمن وبين حط الكل في انه يأخــذ بأصل الثمن لانه لم يبق ههنا مايجوز ان يؤخذ به .

فصــــل

اختلافهما في قيمة البناء

٥٥٦٧ - وان اختلفا في قيمة البناء وما ذهب منها فالقول قول المشتري عندنا

٥٥٦٨ - وان أقاما بينة فالبينة بينة المشتري على حد قول محمد عن ابي حنيفة ، وانه قياس قوله لانه ليس يقيم البينة على اقرار المشتري .

٥٥٦٩ - وعند ابي يوسف ان البينة بينة الشفيع على قول ابي حنيفة وأصله الذي تقدم .

فصـــــل

بطلان الشفعة بموت الشفيع

٥٥٧٠ - واذا مات الشفيع بطلت الشفعة لانه اكبر من السكوت .

٥٥٧١ - وقال الشافعي لاتبطل وهو كخيار العيب .

فصـــــل

أخذ الأب الشفعة لولده الصغير

٥٥٧٢ - واتفق الجميع على ان للأب ان يأخذ الشفعة لولده الصغير .

٥٥٧٣ - واختلفوا هل له اسقاطها ؟

فقال ابو حنيفة وابو يوسف له ذلك .

٥٥٧٤ - وقال محمد وزفر ليس له ذلك .

٥٥٧٥ - ولو اشترى الاب داراً وابنه شفيعها بطلت الشفعة .

٥٥٧٦ - وتبطل بسكوته عن الطلب .

فصـــــل

في الثمن المؤجل

٥٥٧٧ ـ وللشفيع في الثمن المؤجل ان يأخذ بثمن حال ، او يصبر حتى يحل الأجل ويأخذ .

٥٥٧٨ ـ وقال الشافعي : يأخذه بمثل قيمة سلعة .

فصـــــل

هل يقدم أحد الشركاء؟

٥٥٧٩ ـ ولا يقدم في الشفعة أحد الشركاء على غيره ، وقال الشافعي يقـــدم الأخ على العم اذا كان ذلك ميراثا .

٥٥٨٠ ـ لأن الكل شفعاء .

فصـــــل

المشتري شفيع

٥٥٨١ ـ والمشتري اذا كان شفيعاً فهو مثل سائر الشفعاء فى ذلك ، وكونه مشترياً لايمنع ان يأخذ بقسطه من المبيع .

٥٥٨٢ ـ وقال الشافعي لاشــفعة له فى احــد قــوليه لانه لايســتحق على نفسه شفعة .

٥٥٨٣ ـ وتقصي ما فى كتاب الشفعة فلا يمكن لطوله وكثرة فروعه وفى الذي ذكرت جملة من اصوله وإذ قد ذكرنا حــكم بيوع الاعيان وما يترتب عليها من الكتب وختمنا ذلك بالشفعة ، وكان ملك النكاح مثل ملك اليمين في الاباحــة والحظر ، وله احــكام تترتب عليه وجب ان نذكره بعد ذلك .

كتاب النكاح

وهذا كتاب النكاح(١)

فصـــل

الحاجة إلى النكاح

٥٥٨٤ ـ اعلم ان النكاح أمر دعت الحاجة اليه وبه قوام العالم ، وبقاء النسل وقد فعله الانبياء والصالحون والعلماء والعوام والاحرار والعبيد :

فصـــل

الندب إليه

٥٥٨٥ ـ وهو مندوب اليه في الشرع عندنا .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (نكح) :

نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً اذا تزوجهـا ونكحها ينكحها باضعها ايضاً . وكذلك دحمها وخجأها :

الازهري : وقوله عز وجل :

« الزاني لاينكح الا زانية او مشركة ، والزانية لاينكحها الا =

فصـــــل

الوجوب

٥٥٨٦ ـ وقال احد هو واجب (١)

٥٥٨٧ ـ ولو وجب على الانسان النكاح لكان لوجوبه وجه يعقل فى الشرع والعقل، ولكان من امتنع من ذلك ان يحكم عليه بالذم والقبح .

= زان او مشرك » تأويله لا يتزوج الزاني الا زانية ، وكذلك الزانية لا يتزوجها الا زان .

وقد قال قوم : معنى النكاح ههنا الوطء ، فالمعنى عندهم : الزاني لا يطأ الا زانية والزانية لايطؤها الا زان .

قال . وهـــذا القول يبعد ، لانه لايعرف شيء من ذكر النكاح فى كتـــاب الله الا على معنى التزويج : قال الله تعـــالى : « وأنكحوا الايامى منكم » فهذا تزويج لاشك فيـــه ، وقال تعالى : « يا ايهـــا الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات »

فأعلم ان عقـــد التزويج يسمى النكاح . واكثر التفسير ان هـــذه الآية نزلت فى قوم من المسلمين فقراء بالمدينـــة . وكان بها بغـــايا زنين ويأخذن الاجرة ، فأرادوا التزويج بهن وعولهن، فأنزل الله عز وجل تحريم ذلك .

قال الازهري : أصل النكاح فى كلام العرب الوطء ، وقيل للتزويج نكاح لانه سبب للوطء المباح .

الجوهري : النكاح الوطء ، وقد يكون العقد ، تقـــول : نكحتها =

فصـــــل

الثناء على يحيى

٥٥٨٨ ـ وقد اثنى الله تعالى على يحي بن زكريا عليهما السلام بانه كان سيدا وحصورا ، والحصور من لم يعرف النكاح ؛

= ونكحت هي اي تزوجت . وهـــي ناكح في بني فلان ، أي ذات زوج منهم .

قال ابن سيده : النكاح البضع وذلك في نوع الانسان خاصـــة ، واستعمله ثعلب في الذباب .

نكحها ينكحها نكحا ونكاحاً .

ورجل نكحة ونكح كثير النكاح . وفي حديث معاوية :

لست بنكح طلقه أي كثير التزويج والطلاق ؛

وانكحه المرأة زوجه اياها وانكحها زوجها والاسم النكح والنكح .

وكان الرجل في الجاهلية يأتي الحي خاطباً فيقوم في الاديهم فيقول خطب ، اي جئت خاطباً ، فيقال له نكح ، اي قـــد انكحناك اياها .

ويقال نكح الا ان نكحا هنا ليوازن خطبا .

ونكحها الذي ينكحها وهي نكحته كلاهما عن اللحياني .

واستنكح في بني فلان تزوج فيهم . وحكي الفارسي : استنكحها كنكحها ؛

فصـــــل

عموم البلوى بالنكاح

٥٥٨٩ ـ وكتاب النكاح البلوى به عامة ، والخصائص فيه كثيرة ، ومذاهب

وفي سبل السلام (١٠٩/٣) النكاح لغة الضم والتداخل ، ويستعمل في الوطء وفي العقد ، قيل مجاز من اطلاق اسم المسبب على السبب وقيل انه حقيقة فيهما ، وهو مراد من قال انه مشترك وكثر استعماله في العقد فقيل انه فيه حقيقة شرعية ،

(١) الاصل في هذا الخلاف حديث « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر واحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » ، وقد جاء في سبل السلام (١٠٩/٣) « اختلف العلماء في المراد بالباءة ، والاصح ان المراد بها الجماع ، فتقديره من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنة النكاح فليتزوج ، ومن لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنته فعليه بالصوم ليدفع شهوته ويقطع شر ماله كما يقطع الوجاء : (اي) الاخصاء ... والامر بالتزويج يقتضي وجوبه مع القدرة على تحصيل مؤلنه ، والى الوجوب ذهب داواد وهو رواية عن احمد ، وقال ابن حزم وفرض على كل قادر على الوطء ان وجد ما يتزوج او يتسرى ، فان عجز عن ذلك فليكثر من الصوم ، وقال انه قول جماعة من السلف . وذهب الجمهور الى ان الامر للندب .. »

الفقهاء مختلفة ، في فروعه واصوله ، ومواضع الجـواز والبطلان فيه ، وخلافه كثير ، وحجمه كبير ، ولابد من ذكر مسائل من كل باب ، وطرفاً من كل فن ، ومايفعله الحاكم فيه اذا وقعت الخصائم وتشاجر الزوجان ، ويقدم المجمع عليه مجملا والمختلف فيه مفصلا ومواضع الخصائم مبينا ان شاء الله .

ما أجمع عليه من النكاح اللازم

٥٥٩٠ ـ اجمع العلماء ان النكاح اذا عقده الولي على وليته ، وهو عـدل في دينه ، مرضي في قوله سليم من الموانع ، وقـد اذنت له في ذلك المولى عليها ، وحضر الشهود العدول ، ووجد لفظ النكاح والتزويج وذكر المهر والخطبة ونفى عن المهر الفساد والجهالة ، واستوفى قدر مهر المثل ، ووجدت الكفاءة في النسب والدين والحرية والقدرة على المهر والنفقة ، والزوجان ممن يجوز ان ينكح كل واحد منهما صاحبه ان النكاح جائز وحكمه لازم .

٥٥٩١ ـ وكلما انخرم من هـذه الشروط المذكورة شرط دخل الخلاف في ذلك .

٥٥٩٢ ـ ونحن نفصل هذه الشروط كلها ليعلم ان الجملة التي ذكرنا مجمع عليها وما عداها مختلف فيه .

فصـــــل

الولاية في النكاح

٥٥٩٣ ـ واما الولاية (١) في النكاح على الحرة البالغة المكلفة ، فعند ابي حنيفة

---

(١) سند من ذهب الى شرط الولاية في النكاح حديث ابي بردة بن =

لا ولايـة عليها واذا زوجت نفسها من كفوء لزم ، وان كان النكاح من غير كفوء فللاولياء فسخه واجازته (١)

٥٥٩٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز النكاح بغير اذن للولي في الحالين ، ويقف النكاح اجازته ورده (٢) .

= موسى عن ابيه قال ، قال رسول الله (ص) « لا نكاح الا بولي » وحديث عائشة ان النكاح من غير ولي باطل . وقد جاء في سبل السلام (١١٧/٣) « اختلف العلماء في اشتراط الولي في النكاح ، فالجمهور على اشتراطه ، وانه لا تزوج المرأة نفسها ، وحكى عن ابن المنـذر انه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك . وقال مالك يشترط في حق الشريفة لا الوضيعة ، فلها ان تزوج نفسها وذهبت الحنفية انه لا يشترط مطلقاً ، محتجين بالقياس على البيـع ، فانهـا تستقل ببيع سلعتها .

(١) اخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بقول ابي حنيفة في كون العاقلة البالغة لا ولاية لاحـد عليها في الزواج (م ٤ و ٧ ق و ١) ايا كان مذهبها عند انعقاد العقد »

(٢) جاء في شرائع الإسلام للمحقق الحلي في صدد الولاية في النكاح « لا ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد لأب وان علا . . . وهل يثبت ولايتهما على البـكر الرشـيدة ؟ فيـه روايات اظهرها سـقوط الولاية عنها » .

وجاء ايضاً « اذا عضلها الولي ، وهو ان لا يزوجها من كفء مـع رغبتها ، فانه يجـوز لها ان تزوج نفسها ، ولو كرها اجماعا . ولا ولاية لهما على الثيب مع البلوغ والرشد ، ولا على البالغ الرشيد » .

٥٥٩٥ ـ ولا فرق عندنا بين الثيب والبكر .

٥٥٩٦ ـ وفرق بعض الفقهاء بين ذلك واجاز نكاح الثيب وابطل نكاح البكر ؟

٥٥٩٧ ـ ولا فرق بين الدنية والشريفة .

٥٥٩٨ ـ وقال مالك ان كانت شريفة لم يجز ، وان كان لا حسب لها جاز .

٥٥٩٩ ـ وقال الشافعي النكاح الى الرجال ولا يملك النساء عقده بحال على نفسها ولا غيرها بوكالة ولا ملك (١) ؛

فصـــــل

كمال أهلية المرأة في العقود

٥٦٠٠ ـ واجمع الفريقان انها كالرجال في سائر العقود سوى النكاح .

٥٦٠١ ـ وانها يصح اقرارها بالنكاح .

٥٦٠٢ ـ وانها في الحد كالرجل الحرة كالحر والأمة كالعبد .

٥٦٠٣ ـ وانها تملك اسقاط مهرها واختيار اعيان الازواج ، وتملك بذل مالها في الخلع .

٥٦٠٤ ـ وانها فى التكليف والرجل سواء الا فى مواضع اختلفوا فيها .

٥٦٠٥ ـ والعلة عندنا انها مكلفة مالكة لامرها فلا يولي عليها .

---

(١) الأصل في هذا حديث لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها رواه ابن ماجه والدارقطني ورجاله ثقاة وجاء في سبل السلام (٣ / ٢٠) فيه دليل على ان المرأة ليس لها ولاية في الانكاح لنفسها ولا لغيرها ، فلا عبارة لها فى النكاح ايجاباً ولا قبولا . .

فصـــل

حق المرأة في الاعتراض على تزويجها

من غير كفوء

٥٦٠٦ ـ واتفق الفريقان ان الولي لو زوجها من غير كفوء ان لها الاعتراض عليه في الفسخ والاجازة .

٥٦٠٧ وقال الشافعي اذا زوج (الولي) من غير كفوء فالنكاح باطل .

٥٦٠٨ ـ وقال مالك الكفاءة في النكاح غير معتبره (١) .

٥٦٠٩ ـ وهو اختيار الكرخي من اصحابنا ، لانها لا تعتبر في الدماء .

٥٦١٠ ـ والجماعة بخلافه .

فصـــل

نكاح الأمة والصغيرة

٥٦١١ ـ واتفقوا جميعاً على انه لا يجـوز نكاح أمـة ولا صغيرة لانهما لا ولاية لهما على نفسهما ولا على غيرهما .

---

(١) لم يؤخذ بقول مالك على اطلاقه في الفقه المالكي فقد افتى سحنون بان للسلطان منـع الأب من تزويج ابنته بمن ليس بكفء لها فجاء في البهجـة في شرح التحفـة للتسولي (١/٢٥٩) « قال سحنون في السليمانية : اذا أراد الأب ان يزوج ابنته مجنونا أو مجذوماً او ابرص أو أسود أو من ليس بكفء لها ، وأبت الأبنة ذلك ، كان للسلطان منعه ، لأن ذلك ضرر ، وجاء ايضاً ان قول سحنون هذا احسن

فصـــــل

الآثار المروية في النكاح

٥٦١٢ ـ وقد زوج ابو بكر رضى الله عنه عائشة رضى الله عنهـا ، وهي صغيرة بنت سبع وبنى بها النبي (ص) وهي بنت تسع .

٥٦١٣ ـ وزوج علي ام كلثوم من عمـر بن الخطاب رضى الله عنهم وهي صغيرة .

٥٦١٤ ـ وهو قول اصحابنا والشافعي ومالك وعامة الفقهاء انه يجوز للاب تزويج الصغير والصغيرة (١)

٥٦١٥ ـ وكان القياس عندنا انها تختار بعد البلوغ ، وهو قـول الحسن وعطاء وقتاده والأصم وابن عليه .

٥٦١٦ ـ ولو كان لها خيار لخيرت عائشة رضى الله عنها .

---

(١) عـدل قانون الاحـوال الشـخصية عـن هـذا القـول فلم يعد للاب والجـد الصحيح تزويج الصغير والصغـيرة دون السادسة عشرة ، اما اذا بلغ المراهق أو المراهقة هـذه السن كاملة وأدعى أحدهما البلوغ وطلب الزواج فقد جعل القانون المذكور أمر تزويجه للقاضي بعد التحقق من صدق دعواه وقابليته البـدنية وبعد موافقة الولي الشرعي ، فان عقل الولى الصغير او الصغـيرة ، طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض ، او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج ، (م ٩ من قانون الاحوال الشخصية) .

فصــــل

الأب والجد الصحيح في الولاية سواء

٥٦١٧ ـ والأب والجد في ذلك سواء عندنا وعند الشافعي .

٥٦١٨ ـ وقال مالك لايجوز الا نكاح الأب خاصة ، على الصغير .

٥٦١٩ ـ وهو قول عامر الشعبي .

٥٦٢٠ ـ لأن الجد أب في الشـرع ، وكل حكم ثبت للأب فالجـد مثله ، والحاجة داعية الى تصرف الجد بالمال وحفظه ، ولو لم يجز نكاح الجد لكان الأب مثله ، والشرع ورد بخلاف ذلك .

فصــــل

الصداق[1]

٥٦٢١ ـ والصداق يكون على الأبن عندنا ، وهو قول الحسن وحماد وبه قال الشافعي ومالك .

٥٦٢٢ ـ وقال الشعبي على الأب العاقد دون الأبن .

٥٦٢٣ ـ ولا خلاف ان ثمن المبيع يكون فى مال الصبي دون الأب .

فصــــل

كفالة الأب الصداق

٥٦٢٤ ـ وعندنا لو كفل به الأب أخذ به ، لأنه دين ، وتصح الكفالة به ، فان اداه فى صحته فهو متطوع به ، لايرجع على ابنـه ، وان أداه

---

(١) الصدقة والصداق والصداق مهر المرأة وجمعها في ادنى العدد اصدقه والكثير صدق وهذان البنا آن انما هما على الغالب ، وقد اصدق المرأة حين تزوجها جعل لها صداقاً (وسمى لها صداقاً والصدقات جمـع الصدقة فى قوله تعالى وآتو النساء صدقاتهن نحلة (لسان العرب) .

وهو مريض ، أو أخــذ من تركته بعد موته احتسب ذلك مــن نصيب الابن .

٥٦٢٥ ـ وقال زفر لا يرجع به على الأبن في الحالين ، لأنه لزمه بغير اذنه .

فصــــــل

تزويج غير الأب والجد

من العصب الصغير

٥٦٢٦ ـ وان كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد من العصبات فالنكاح جائز ولهما الخيار بعد البلوغ عند ابي حنيفة ومحمد .

٥٦٢٧ ـ وكذلك اذا زوج الحاكم جاز وفى الخيار روايتان .

٥٦٢٨ ـ وفي جــواز تزويج ذوي الارحام ممن يرث خلاف رواية عن ابى حنيفة .

٥٦٢٩ ـ وقال الشافعي ليس لغير الأب والجد أن يزوج الصغيرة والصغير .

٥٦٣٠ ـ وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنت حمزة من عمر بن امسلمة(١) وهي صغيرة .

٥٦٣١ ـ ولا فــرق بين الأب والجــد وسائر العصبات بعد البلوغ ، وفى طلب الكفاءة .

٥٦٣٢ ـ وما للأب من المزية فى الاحــكام يوجب تقديمه على البعيد مــن العصبات كالميراث .

---

(١) هو سلمه ابن ابي سلمه عبدالله بن عبــد الاسد بن هلال بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومى وهو الذي زوج امه ام سلمة من رسول الله (اسد الغابة ج٢ص ٣٣٧ ، ج٥ ص ٤٠٠).

فصـــــل

تزويج الإبن أمه المجنونة

٥٦٣٣ ـ والأبن يزوج أمه المجنونة وان كان من غير العشيرة كما يرثها .

٥٦٣٤ ـ وقال الشافعـي لا يزوج امه إلا ان يكون مولا لهـا او حاكما او من العشيرة .

٥٦٣٥ ـ وعنده ابن العم لا يزوج الصغيرة فكيف يزوج المجنونة ، فان قال انه لا يجوز ان ارتفع الخلاف في المسألة .

فصـــــل

اجتماع الأب والإبن

٥٦٣٦ ـ واذا اجتمع الأب والابن فالأبن أحق عند ابي يوسف .

٥٦٣٧ ـ وقال محمد الأب أحق لأنه اسبق بالولاية (١)

٥٦٣٨ ـ ومن اصحابنا من قال ايهما زوج جاز لأنه عصبة يرث كل واحد مع الآخر وان اختلفا في كيفية الارث .

فصـــــل

تقصيرها في المهر

٥٦٣٩ وان قصرت في مهرها فللأولياء الاعتراض عليها في ذلك ، فسـخ النكاح عند ابي حنيفة .

---

(١) يقول محمد أخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٦٩) .

٥٦٤٠ ــ وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم ذلك وهو قول الشافعي .

٥٦٤١ ــ والخــلاف يتحقق اذا اذن الولي لرجـل بان يزوج ورضيت هي بالصداق .

فصـــــل

تقصير الأب في مهر ابنته

٥٦٤٢ ــ وقال ابو حنيفة اذا قصر الأب فى مهر ابنته ، أو زاد فى مهــر الابن فهو جائز ويلزم ذلك .

٥٦٤٣ ــ وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز ذلك ، ولا يجوز الا بمهر المثـل وما يتغابن الناس فيه (١)

٥٦٤٤ ــ وهو قول الشافعي واختلف عنهما فى تفسير لا يجوز فمنهم من قال عنهما لايجوز تسمية الصداق ويلزم مهر المثل كما لو لم يسم فى العقد شيء ومنهم من قال العقد لا يجوز .

٥٦٤٥ ــ لأن ابطال القسمة انما يصح تبعاً لأبطال العقد .

فصـــــل

خيار البلوغ

٥٦٤٦ ــ وخيــار الصغيرين اذا بلغا يكون خيار البلوغ ، فاذا اشهد فى

---

(١) بقولهما اخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٧٣)

المجلس الذي بلغها فيه (١) ورفع ذلك الى القاضي فرق بينهما وهما زوجان مالم يفــرق بينهما يتوارثان ، ما لم يفــرق القاضي وان حصل الاختيار .

٥٦٤٧ ــ وقد روى ابن المبارك انه لا خيار لهما عند ابي حنيفة .

٥٦٤٨ ــ وهو قول ابي يوسف من غير خلاف عنه .

٥٦٤٩ ــ والخيار في المجلس في قولهم عند البلوغ فان سكتت البكر قليلا ولم تختر فســخ النكاح جاز النكاح وبطل الخيار لأن ســكوتها بمنزلة الاذن .

٥٦٥٠ ــ وخيار الطلاق والعتق والعنة على المجلس ما لم يوجــد اعتراض كخيار القبول في البيع .

٥٦٥١ ــ وان قامت من المجلس بطل الخيار .

فصــــل

زعمت أنها لا تعلم أن لها الخيار

٥٦٥٢ ــ واذا علمت بالنكاح وقالت لم اعلم ان لي الخيار فلا خيار لها ، كما لو أقر الشفيع بالبيع وقال لا اعلم ان لي شفعة .

٥٦٥٣ ــ وكذلك الرد بالعيب .

---

(١) في المخطوطة : (بلغ) ومابين قوسين يقتضيه سياق الكلام .

فصـــــل

زعمت أنها لم تعلم بالنكاح

٥٦٥٤ ـــ وان قالت انا اعلم بان الخيار لمن زوجها غير الأب والجد ، ولكن لم اعلم بالنكاح فلها الخيار .

٥٦٥٥ ـــ والقول قولها مع يمينها انها ماعلمت بالنكاح .

٥٦٥٦ ـــ فاذا حلفت فلها الخيار عقيب ذلك. فان فسخت والا لزم النكاح.

فصـــــل

اختلاف الزوجين في اختيارهما الفرقة

٥٦٥٧ ـــ وان اختلفت هي والزوج بعد البلوغ فقالت اخترت الفرقة حين ادركت ، وقال الزوج لم تختاري ، فالقـــول قـــول الزوج لأن الاصل عدم الخيار .

٥٦٥٨ ـــ والبينة بينة المرأة اذا شهدت لها بالفرقة ، ولها ان تستحلف الزوج على دعواها ، لأن الفرقة يصح بدلها عنـــد ابي حنيفـــة ، وتثبت بالأقرار عندهما .

فصـــــل

ردت النكاح بعد البلوغ ثم رضيت

٥٦٥٩ ـــ ولو قالت بعد البلوغ لا ارضى بالنكاح وقد اخترت الفرقة ، ثم

(١) الفرق بين هذه المسألة والسابقة عليها ان الجهل بحكم الشرع لا يقبل من مكلف والجهل بالواقعة يقبل .

رضيت قبل ان يفرق الحاكم جاز النكاح ، لأنها رضيت قبل الفرقة بالنكاح (١) .

فصل

سكوت الغلام

٥٦٦٠ — ولا يكون سكوت الغلام رضا بعد البلوغ ، ورضاه ان يرضى بقوله : رضيت او يطأ الزوجة فيكون رضا .

فصل

تكييف اختيار الفسخ

٥٦٦١ — وهي اذا اختارت أو اختار الفسخ (وقعت) فرقة بغير طلاق لأنها يستوي فيها الرجل والمرأة .

فصل

لا مهر مع اختيار الفرقة

٥٦٦٢ — ولا مهر لها ان لم يدخل بها ، سواء أكانت هي التي اختارت ، أو اختار الزوج (٢) .

فصل

دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة

٥٦٦٣ — وان كان دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة بعد البلوغ فعليه

---

(١) أي قبل الحكم بالفرقة بالنكاح .

(٢) لان هذه الفرقة ليست طلاقاً وانما هي نقض لعقد موقوف على الخيار.

المهر الذي سمى كائناً ما كان ، والفرقة بغير طلاق .

وسنذكر في كتاب الطلاق مايكون طلاقاً وما لايكون لان ذكـــره هناك اشبه بالموضع من ههنا .

فصـــــل

٥٦٦٤ ـــ والاب اذا زوج ابنته او غيره من الاولياء وهي بكر ، واختلفت هي والزوج ، فقال الزوج بلغك النكاح فسكت ، وقالت بل بلغني فرددت ، فالقول قول المرأة عند ابي حنيفــة ، ولا يمين عليها ، وعندهما اليمين عليها .

٥٦٦٥ ـــ وقال زفــر القـــول قـــول الزوج لأن الاصل هو الســـكوت والرد طاريء .

٥٦٦٦ ـــ وابو حنيفة يقول الظاهر يدفع به دعوى الغير ولا يستحق به على الغير شيء . ولهذا مسائل كثيرة نظرت .

فصـــــل

كيفية إجازة العقد

٥٦٦٧ ـــ وكل عقد وقف على الاجازة فاجازته انما تكون بقول المجيز او تمكنه من الوطء .

٥٦٦٨ ـــ وقد كان النبي (ص) اذا أراد ان يزوج بنتاً دنا من خدرها وقال : ان فلاناً يذكر فلانة فان سكتت زوجها .

فصـــــل

إذنها صمماتها

٥٦٦٩ ـــ وقال « الايم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في (نفسها) واذنها صماتها » (١) .

---

(١) سنن النسائي (٦/٨٤) في رواية اخرى « واليتيمة تستأمر » وفي ثالثة «ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها اقرارها »

وقال « سكوتها اقرارها » .

٥٦٧٠ ـ وقد كان القياس ان لا يكون السكوت اذنا ، وانما تركنا ذلك للأثر .

فصل

بكاء البكر

٥٦٧١ ـ ولو بكت حين اعلمت فقد روى عن محمد انه يكون اذنا ؛

٥٦٧٢ ـ وقال غيره لايكون البكاء اذنا .

٥٦٧٣ ـ واتفق الجميع على ان الضحك اذن .

فصل

زوجها ولي بغير كفوء برضاها

٥٦٧٤ ـ واذا زوج أحد الاولياء من غير كفوء برضا الزوجة سقط حق من بقى من الاعتراض عند ابى حنيفة ومحمد لأنه حق لايتبعض .

٥٦٧٥ ـ وقال ابو يوسف لا يسقط ، ولمن بقى حق الفسخ .

٥٦٧٦ ـ وللشافعي قولان .

٥٦٧٧ ـ واتفق الجميع على ان حق العقد لكل واحد ، وانه اذا تولاه بعضهم سقط حق الباقين .

فصل

عند غيبة الولي الأقرب

٥٦٧٨ ـ والولي الاقرب اذا غاب جاز للولي الأبعد ان يزوج الصغيرين ؛

ويتصور الخلاف في الأب والجد والاخ للأب والأم والاخ للأب

٥٦٧٩ ــ وقال زفر لا يجوز .

٥٦٨٠ ــ وقال الشافعي يزوج مع غيبة الولي الاقرب الحاكم .

٥٦٨١ ــ والخلاف لا يتصور مع الشافعي في امرأة بعينها ، لانها اذا كانت كبيرة فليس لاحد عليها ولاية ، وان كانت صغيرة فالحاكم لا يزوج الصغار عنده ، وقد اوضحت ذلك في كتاب الخلاف من « الهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل » .

فصل

عدالة الولي(١)

٥٦٨٢ ــ واما اعتبار العدالة في الولي فان الشافعي اعتبرها ، وقال : لاتجوز ولاية فاسق على ابنته واخته ، ومن أصحابه من قال ان كانت ولاية اختيار لم ينافِ الفسق ، وان كانت ولاية اجبار كالاب والجد نافي الفسق .

٥٦٨٣ ــ واعتبر بعضهم العدالة الباطنة والظاهرة .

٥٦٨٤ ــ وقال ابو حنيفة يجوز ان يكون الولي فاسقاً ووكيلا في النكاح .

٥٦٨٥ ــ واتفق الجميع على ان الرق والصغر والجنون يمنع الولاية .

٥٦٨٦ ــ وقال محمد بن الحسن والشافعي : السفيه لايكون ولياً في النكاح على ابنته .

---

(١) انظر في عدالة الولي بحث العدالة في الشهادة .

٥٦٨٧ ــ وقال الجميع للاب الكافر ان يزوج ابنته الكافرة ، وجعل الكفر اقل من الفسق ٠

٥٦٨٨ ــ واجاز الجميع ان يتزوج لنفسه وانه يملك الاعتراض عليها في الكفاءة ، وانه يستوفي القصاص ، ويجوز ان يكون وكيلا في سائر العقود ، ويجوز ان يبيع الامة ويشتري العبد ٠

الشهادة في النكاح

٥٦٨٩ ــ واعتبر اصحابنا في النكاح الشهادة ، وقالوا انها شرط في الصحة (١) ٠

٥٦٩٠ ــ وبه قال الشافعي ٠

٥٦٩١ ــ وقال مالك : يجوز بغير شهادة كما يجوز البيع ، ويجوز بشهادة الفاسق ، لانه يجوز بشهادة الكافر ٠

٥٦٩٢ ــ وقال الشافعي لايجوز بشهادة فاسقين ٠

٥٦٩٣ ــ ويجوز ان ينعقد النكاح بما لايثبت به عند الحاكم كنكاح الكافرين بشهادة مثلهم ، ولا يثبت بالاقرار ، ولا ينعقد به النكاح ٠

فصل

٥٦٩٤ ــ ويجوز بشهادة رجلين او رجل وامرأتين عندنا ٠

٥٦٩٥ ــ وقال الشافعي لاينعقد بشهادة الرجال والنساء ولا يثبت ٠

٥٦٩٦ ــ وكذلك الرجعة والوكالة والوصية والطلاق والعتاق وكل ماليس بمال ولا المقصود منه المال ٠

---

(١) إعتبار الشهادة شرطاً في النكاح ـ خلافاً لسائر العقود ـ من مسائل الاجماع في الشهادة كما في الميزان الشعراني والافصاح لابن هبيرة في بحث الشهادة ٠

٥٦٩٧ . واجاز شهادة النساء في الرضاع مع الرجال ، وليس بمال ، وكذلك اذا شهدوا بالاسلام فقتل (١) .

فصـــــل

أخبار النساء في النكاح

٥٦٩٨ ـ واخبار النساء في النكاح مقبولة ، وليس في اعتبار الشهادة والولي الا رواية النساء فكيف عمـل بقـولها في الأصـل ولم يعمل به في الفرع .

فصـــــل

٥٦٩٩ ـ واذا شـهد ذميان في نكاح كافرة ومسلم جاز عند ابي حنيفـة وابي يوسف .

٥٧٠٠ ـ وقال محمد لا ينعقد .

٥٧٠١ ـ وهو قول الشافعي .

٥٧٠٢ ـ وهذه المسئلة تبنى على جواز شهادة الكافر على الكافر ، وهو الذي يحتاج اليه في الاباحة .

فصـــــل

ألفاظ النكاح

٥٧٠٣ ـ واما اعتبـار لفظ التزويج والانكاح فعندنا ينعقد بهما النكاح ،

---

(١) كـذا في النسختين وما بين حـرف القاف واللام حرف غـير منقوط فيهما .

وبكل لفظ يملك به رقبة الأمة ، فانه ينعقد النكاح لأن المقصود ان يملك بلفظ يفيد الملك .

٥٧٠٤ ـ وفي الاجارة خلاف رواية عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله .

٥٧٠٥ ـ وقال الشافعي لا ينعقد بغير لفظ النكاح والتزويج لأنه وضع للنكاح .

٥٧٠٦ ـ واتفق الفريقان على انه يجوز ان يطلق ويعتق ويبيع ويرهن ويشارك ويساقي بغير اللفظ الموضوع للعقد .

فصـــــل

النكاح بغير العربية

٥٧٠٧ ويجوز بغير لفظ العربية وسائر اللغات وان كان يحسن العربية .

٥٧٠٨ ـ وقال الشافعي لايجوز بغير لفظ العربيـــة لمن يحسن ذلك ، وفيمن لا يحسن وجهان في الجواز .

٥٧٠٩ ـ واتفق العلماء على انه يجوز ان يقر بالنكاح بغير العربية ويوكل (١) ويبيع ويعقد سائر عقوده .

فصـــــل

لا نكاح بغير بدل

٥٧١٠ ـ واجمعوا على انه ليس لأحد بعد النبي صلى الله عليـــه وسلم ، ان ينكح بغير بدل في العقد ، وسنذكر كتاب الصـــداق وما فيـــه ان شاء الله .

---

(١) في النسختين يؤمن .

فصـــــل

تمهيد لما يحل ويحرم من المنكوحات

٥٧١١ ـ واختلف العلماء فى مواضع اباحة النكاح وجوازه فى الاعيان دون الشروط في العقد وأجمعوا على مواضع في التحريم ومواضــع فى الصحة واختلفوا في المواضع الأخر ، فمنهم من يلحق ذلك بالمحرم ومنهم من يلحق ذلك بالمحلل . والأصل في ذلك ما نذكره .

باب

ما يحرم من المنكوحات

٥٧١٢ ـ ذكر الله تعالى فى كتابه اربعة عشر ضرباً من المحرمات : لأربع عشرة امرأة سبعة من جهة النسب وسبعة بالسبب .

فصـــــل

الحرمة من جهة النسب

٥٧١٣ ـ فقال :

« حرمت عليكم امهاتكم » (١)

فالأم حرام بنص الكتاب والسنة وامهاتها الى آدم حرام من جهـة الآباء والامهات وكذلك امهاتها من جهة الرضاعة (٢) حرام بالسنة والاجماع فيما عدا الأم . (٣)

(١) النساء ٢٣ ـ ٢٥

(٢) الرضاع بفتح الراء وكسرها لغة مص الولد ثدى الأم واصطلاحاً مص الرضيع اللبن (رسالة لأبن نجم في حـدود الفقه منشورة في آخر الاشباه والنضائر مع غمز عيون البصائر (ص١١٩) .

(٣) اي انها حرام بنص القرآن .

٥٧١٤ - ثم قال :

« وبناتكم »

فالبنت حـــرام بنص القرآن وأولاد البنين والبنات حـرام بالسنة والاجماع الى آخر النسل .

٥٧١٥ - ثم قال :

« واخواتكم »

فالأخت حرام بالنص ، ولا فرق بين الاخت من الأب أو الام او منهما (وما ولدن وان سفلن عليه حـــرام ، وكذلك اخته من الرضاع وما ولدت وان سفلن) (١)

٥٧١٦ - ثم قال :

« وعماتكم »

فالعمة حـــرام بنص القرآن وعماتهـــا وخالاتها وامهاتها حـــرام بالاجماع والسنة .

٥٧١٧ ثم قال :

« وخالاتكم »

فالخالة حرام وخالاتها وامهاتها بالاجماع والسنة .

٥٧١٨ ثم قال :

« وبنات الاخ وبنات الاخت »

واجمع العلماء ان بنت العمة والخالة حـــلال ، وان بنت الأخت

---

(١) مابين قوسين من مختصر الطحاوي (ص١٧٦)

وبناتها حرام وكذلك بنات الأخ وبنات بناله وبنات بنيه حرام .
فهؤلاء حرام من جهة النسب .

فصـــــل

الحرمة من جهة السبب

٥٧١٩ ـ واما السبب : فقوله :

« وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ».

فالأم من الرضاعة حرام بالنص . والقول في امهاتها كالقول في أم النسب ، وكذلك بنالها ، لأنه عليه السلام قال :

« يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١)

٥٧٢٠ ـ والأخت من الرضاعة كالأخت من النسب وأولادها كأولادها .

٥٧٢١ ـ واجمعوا على ان اولاد الاخ من الرضاعة مثل النسب وان أولاده كأولاده سواء في التحريم .

٥٧٢٢ ـ ثم قال :

« وامهات نسائكم » فحرمت أم الزوجة بالنص وامهاتها حـــرام بالاجماع الى آدم ، ولا فرق عندنا بين ان يكون دخل بالبنت أو لم يدخل بها لأنها مبهمة . (٢)

---

(١) سنن النسائي ٦/٩٩ وروى ايضاً « يحـــرم من الرضاع ما يحـــرم من الولادة .

(٢) في النسختين : بالام وهو غلط والصواب ما اثبتناه .

٥٧٢٣ ـ وهو قول ابن عباس وابن مسعود ، وبه قال عامة الفقهاء .

٥٧٢٤ ـ ومن التابعين من قال : اذا لم يدخل بالبنت لم تحرم عليه بالعقد ، وجعل شرط الدخول يرجع الى الجميع ، ولو رد الى الجميع لفسد الكلام لأنه يصير « وربائبكم من نساءكم » وهذا يفسد الكلام

٥٧٢٥ ـ واجمعوا على ان الأمة المشتراة لا تحرم (امها) بنفس الشـــراء ، وانه اذا دخل بأمة ان امها حرام عليه كالحرة .

٥٧٢٦ ـ ثم قال :

« وربائبكم اللاتى في حجوركم من نساءكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم »

فالربيبة حرام بهذه الشرائط المذكورة .

٥٧٢٧ ـ وان كانت فى غـــير حجره فكذلك ايضاً ، وانما خـــرج الكلام على المعتاد .

٥٧٢٨ ـ ومن السواد من الفقهاء من قال : اذا لم تكن فى حجره يجوز ، وهذا ظاهر الفساد .

٥٧٢٩ ـ ثم قال :

« وحلائل ابنائكم »

فزوجة الابن حرام بالنص على أبيه .

٥٧٣٠ ـ واجمع العلماء ان سائر الاجداد مثل الاب فى ذلك .

٥٧٣١ ـ واجمعوا على انه لو وطيء أمة انها تحرم على الآباء كالزوجة .

٥٧٣٢ ـ واجمعوا ان أولاد البنات والبنين في ذلك سواء .

٥٧٣٣ ـ وقوله :

« من اصلابكم »

٥٧٣٤ ـ ليخرج من ذلك اولاد التبني كزيد بن حارثة . (١)

٥٧٣٥ ـ والىا فرض الله تعالى نكاح امرأة زيد على رسول الله (ص) واوجبه عليه لتقتدي به الأمة في ذلك ، ولهـذا قال « لكيـلا يكون على المؤمنين حرج في ازواج ادعيائهم اذا قضوا منهن وطراً ، وكان أمر الله مفعولا .

٥٧٣٦ ـ ثم بين ان نبيه كان يكره ذلك ويمتنع منه طبعاً بقوله :

٥٧٣٧ ـ « ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له » يعني عليه .

ثم قال :

« سنة الله في الذين خلوا من قبل »

٥٧٣٨ ـ ثم قال :

« وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف »

فالجمع بين الاختين حرام في عقد النكاح .

٥٧٣٩ ـ واجمعوا ان ملك اليمين مثل ذلك ٢)

---

(١) كان التبني معروفاً في الجاهلية وقـد تبنى النبي (ص) زيد بن حارثة عملا بذلك للعرف ثم ابطل التبني بعد ذلك بآية « ادعوهم لآبائهم » (انظر قصة هذا التبني في خزانة الادب للبغدادي - المطبعة السلفية ج ٣ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧) .

(٢) انظر الموطأ رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص١٨٠) باب الرجـل يجمع بين المرأةوابنتها وبين المرأة واختها في ملك اليمين (الرقم٥٣٦-٥٣٧)

٥٧٤٠ ـ وقد خالف في ملك اليمين مخالفون ، ولو جاز ذلك في الاختين لجاز في الأم والابنة .

٥٧٤١ ـ وقوله :

« الا ما قد سلف » يعني في الجاهلية .

٥٧٤٢ ـ وقال في آية اخرى :

« ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (١) فهذه السابعة .

٥٧٤٣ ـ وقال :

« والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم (٢)

فهذا في ازواج الكفار اذا سبين وقعت الفرقة بينهم وحللن لنا .

٥٧٤٤ . ثم قال :

« كتاب الله عليكم »

أي اقتدوا بما حرمت وحللت ولا تفعلوا غيره ؛

٥٧٤٥ ـ ثم قال :

---

(١) في سنن النسائي (٦/١٠٩ــ١١٠) « عن البراء قال لقيت خالي ومعه الراية ، فقلت اين تريد ؟ قال ارسلني رسول الله (ص) الى رجل تزوج امرأة ابيه من بعده ان اضرب عنقه أو اقتله » وفي رواية اخرى عنه « ان اضرب عنه وآخذ ماله » .

(٢) وهنا يخطر لنا سؤال مهم في هذا الصدد فهل ينطبق حكم هذه الآية في عصرنا هذا على الحروب التي تقع بين دولة مسلمة واخرى غير مسلمة وهل يحل لجنود الدولة المسلمة ان يملكوا نساء جيش العدو غير المسلمات وان يدخلوا بهن دخولا مشروعاً ؟ ام يقال بان=

« وأحل لكم ماوراء ذلك »

بشرط ان لايكون في معنى ماحـــرم علينا ، فمتى كان في معناه فهو حرام مثله .

= حكم هذه الآية مبني على عرف العصر الذي نزل فيه القرآن حيث كانت جميع الدول المعاصرة للدولـــة الإسلامية في عصر البعثـــة تفعل بالأسيرات مثل ذلك الفعل ، فكانت جيوش الدول غير المسلمـــة تستبيح الأسيرات من نساء المسلمين بمجرد الأسر اذ كن يعتبرن بالأسر مملوكات لهن كما تعتبر نساؤهم بالأسر مملوكات للمسلمين ، فلما تغير العرف الدولي في عصرنا هـــذا وجب القول بأن حـــكم الآية وان لم يتغير الا ان تغير العرف الدولي جعل احد شـــروط تطبيقه مفقوداً فلم يعد جائزاً تملك الاسيرات غير المسلمات بمجرد الأسر وانما نملك حجزهن فحسب كما لايملكون الاسيرات من رعايا الدولة الاسلامية وانما يملكون حجزهن فقط وبذلك لا ننفسخ عقود الزواج بين الأسيرات وبين ازواجهن في معسكر الفريقين فـــلا ينطبق حـــكم الآية الكريمة الا إذا خالف جيش العدو العرف وأباح لجنـــوده تملك الاسيرات من المسلمات والتزوج بهن .

ولا يمكن الرد بأن العرف لا يغير نص القرآن لأن حـــكم الآية مشروط ببقاء العرف القديم وعدم تجاوز العرف الدولي الجديد ، فأن التزم العدو به فحكمة النص تقضي بأن لا يطبق على الحروب الحديثة وهذا شبيه بالآية المتعلقة بالمؤلفة قلوبهم فقد اجتهد الامام العادل عمـــر ابن الخطاب (رض) عنه فوجد ان حكمتها موقتة وان حكمها =

فصـــــل

عدم الجمع بين المرأة وعمتها أو بينها وخالتها

٥٧٤٦ ـ وقد روى عن النبي (ص) انه قال :

« لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا بنت اختها ولا بنت اخيها ، ولا تسأل المرأة طلاق اختها لتكفي ما في صفحتها ، فأن الله هو الرزاق (١) .

= مرهون بالحاجة الموقتة وبمقدار تحقق شروط الحاجة ، فلا تنطبق الا اذا تجددت الحاجة ، فإذا انتفت فـلا نلتزم « بتأليف قلوب » خـاوية على ايمانها. من هذا المثال يتضح لنا ضرورة تجديد احكام السير أي قواعد القانون الدولي ، بمراعاة روح التشريع الاسلامي من جهـة وتغير العرف الدولي من النقيض الى النقيض حيث اصبح الاصل في العلاقات الدولية في عصرنا هـذا قيامها على السلم والتعاون وتبادل المصالح ومراعاة مبادىء المروءة والعدل ، وعدت الحرب شذوذاً على ذلك فوجب معاملة الدول الاخرى على اساس من المقابلة بالمثل وهو مبدأ يقره الاسلام وعلى اساس منه فرض سيدنا عمر بن الخطاب (ر) الضريبة على التجار الوافدين الى دار الاسـلام . ويمكن ان نلمس قاعدة التعايش السلمي بين الشعوب المؤمنة بالسلام في قولـه تعالى « تعالوا الى كلمة سواء » فإن مطلق هذه الآية لا يمكن التسلم بنسخه بفرض الجهاد على المسلمين لأن للجهاد شروطاً واحكاماً وظرفاً فهو مقيد بكل ذلك .

(١) في سنن النساء عن ابي هريرة ان رسول الله (ص) نهى عن اربـع نسوة يجمـع بينهن المرأة وعمتها والمرأة وخالتهـا (٦/٩٧) في سنن النساء) .

٥٧٤٧ ـ ومن اصحاب الظاهر من قال يجوز الجمع .

٥٧٤٨ ـ وهو مذهب الخوارج .

٥٧٤٩ ـ والصحيح عند الفقهاء هو المنع .

٥٧٥٠ ـ والقاعدة عندنا ان كل امرأتين لو كان واحد منهن رجلا لم يجز ان يتزوج بالاخرى فأن الجمع بينهما لا يجوز .

فصـــــل

لا يجمع بين أكثر من أربع حرائر

٥٧٥١ ـ واجمع علماء الأقطار على أن لا يجمع بين اكثر من اربع حرائر لان النبي (ص) فرق بين غيلان وبين ما زاد على اربع نسوة (١) .

٥٧٥٢ ـ وقال من لا يعتد بخلافه يجوز ذلك الى تسع ، وهذا خلاف السنة المروية .

---

(١) فى الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني : قال رسول الله لرجل من ثقيف اسلم وكان عنده عشر نسوة : « امسك اربعاً ايتهن شاء ، ويفارق مابقى » واما ابو حنيفة فقال : نكاح الاربع الاول جائز ، ونكاح مابقى منهن باطل ، وهو قول ابراهيم النخعي . (الموطأ ص١٧٨ الرقم ٥٣٠) وانظر ترجمة غيلان بن سلمة في اسد الغابة ١٧٢/٤ .

فصــــل

تزوج امرأة في عدة أختها

٥٧٥٣ ـ واذا تزوج امرأة فى عدة اختها او اربعاً سواها فالنكاح جائز عند الشافعي اذا كان الطلاق بائناً ، وان كان رجعياً لم يجز .

٥٧٥٤ ـ وقال اصحابنا لا يجوز فى الفصلين لأن العــدة كالنكاح فى حق الزوجة فكان النكاح في حق الزوج كالطــلاق الرجعي لأنه يجمع ماله في رحم اختين وهذا لايجوز .

٥٧٥٥ ـ وان قال اخبرتني بانقضاء عدتها جاز ان يتزوج باختها او أربع سواها عند ابى حنيفة وصاحبيه .

٥٧٥٦ ـ وقال زفــر لا يجــوز له ذلك وان كانت قالت ذلك في وقت لا يمكن انقضاء العدة (فيه) لم يجز في قولهم جميعاً .

فصــــل

نكاح المشركة والوثنية إلخ

٥٧٥٧ ـ ولا يجوز نكاح مشركة ولا وثنية ولا مجوســية ولا مرتدة بنكاح ولا ملك يمين .

٥٧٥٨ ـ وفي المجوسية خلاف ابى ثور وهو شاذ من الفقهاء (١)

---

(١) في مذهب الشيعة الامامية الاثنا عشرية قول بجواز نكاح المجوسية وان يكن التحريم هو اشهر الروايتين عندهم (شـرائع الاســلام للمحقق الحلي ٢/١٩) .

فصـــــل

نكاح الكتابيات

٥٧٥٩ ـ ويجوز نكاح الكتابية نصرانية كانت أو يهودية •

٥٧٦٠ـ ومنهم من قال لا يجوز (١) •

وقال الشافعي لا يجوز الا نكاح الاسرائيليات وحـــدهن ، فخص العموم بغير دلالة ، وسوى بين الجمع في اباحة الطعام •

٥٧٦١ ـ ويجوز وطء الأمة الكتابية بملك اليمين والنكاح •

٥٧٦٢ ـ وقال الشافعي يجوز بملك اليمين ولا يجـــوز في النكاح • وسوى الجميع بين المسلمة في النكاح و الملك وبين الوثنية في النكاح والملك انه لا يجوز ، وفرق هو في الكتابية •

فصـــــل

الجمع بين حرة وأمة

٥٧٦٣ ـ واجمع الفقهاء المشهورون انه لا يجوز الجمع بين حرة وأمـــة في عقد النكاح ، وانه اذا فعل ذلك بطل نكاح الأمة •

٥٧٦٤ ـ وقال سواد منهم يجوز الجمع كما يجوز في الحرائر لأن كل واحـــد يجوز في حالة الانفراد •

---

(١) في شرائع الاسلام ان مثل هذا الخلاف وارد في فقـــه الامامية فقد جاء فيه : في تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان اشهرها المنع في النكاح الدائم (٢/١٩) •

٥٧٦٥ ـ وقال الشافعي اذا جمع بينهما بطل العقد في الحرة ايضاً ، وعندنا لا يبطل في الحرة .

٥٧٦٦ ـ لأنه لا يجوز ادخالها على الأمة .

فصـــــل

زواج الأمة

٥٧٦٧ ـ ويجوز تزوج الأمة وان كان قادراً على تزوج حرة .

٧٥٦٨ ـ وقال الشافعي لايجوز الا بشرطين عدم طول (١) حرة وخوف العنت ، (٢) لأن الله شرط ذلك .

٥٧٦٩ ـ وعندنا الآية على بيان الاولى ولهذا شرطان لا تكون ذات خدن (٣) ولا مسافحة .

---

(١) الطول القدرة على المهر وقوله تعالى « ذي الطـــول لا اله الا هو » أي ذي القدرة ، وقيل الطول الغنى والطول الفضل (لسان العرب) .

(٢) العنت : دخول المشقة على الانسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلان فلاناً ، اذا ادخل عليـــه عنتاً أي مشقة .. قال ابن الاثير : العنت المشقة والفساد والهلاك والأثم والغلط والخطأ والزنا ، كل ذلك قـــد جاء واطلق العنت عليه (لسان العرب) .

(٣) في لسان العرب الخدن الصديق ، وخدن الجارية محدثها ، وكانوا في الجاهلية لا يمتنعون من خدن يحـــدث الجارية فجاء الاســـلام يهدمه ، والمخادلة المصاحبة .

٥٧٧٠ ـ والطول عندنا ان تكون تحته الحرة لأنه بذلك تحصل القدرة •

فصـــــــل

الجمع بين أربع من الأماء

٥٧٧١ ـ ويجوز ان يجمع الحر بين اربع من الاماء •

٥٧٧٢ ـ وعنده لايجوز وان وجد الشرط •

فصـــــــل

تزوج الحرة على الأمة

٥٧٧٣ ـ ويجوز ان يتزوج حرة على أمــة ، وقال ابن عباس اذا فعل ذلك بطل نكاح الامة •

٥٧٧٤ ـ ولا فرق عندنا بين الحر والعبد في ذلك •

٥٧٧٥ ـ وقال الشافعي للعبد ان يجمع بين أمتين وبين حرة وأمة •

٥٧٧٦ ـ ولو كان في العبد لكان في الحر اجوز

فصـــــــل

إذن المولى للعبد في الزواج

٥٧٧٧ ـ ولا يتزوج العبد بغير اذن مولاه •

٥٧٧٨ ـ وقال مالك يجوز ، وهو قول اهل الظاهر •

٥٧٧٩ ـ لان العبد مملوك كالأمة •

فصــــــل

لا يجمع العبد بين أربعة

٥٧٨٠ ـ ولا يجوز له (للعبد) ان يجمع بين اربعة (وقال مالك رحمه الله يجوز) (١).

٥٧٨١ ـ لانه انقص من الحر في الاباحة ، ولا يملك مازاد على اثنين لانه بنصف مايجوز للحر مما يقبل ذلك .

فصــــــل

إجبار الأرقاء على الزواج

٥٧٨٢ ـ ويجــوز اجبــار الارقاء كلهم على النكاح الا المكاتبين الصغار والكبار .

٥٧٨٣ ـ وقال الشافعي لايجوز اجبار العبد ويجوز اجبار الامة .

٥٧٨٤ ـ وفي الصغير وجهان لهم .

٥٧٨٥ ـ لان العقد في حق المولى يقع حكمه لا فيما يملكه العبد فهو كالأمة

٥٧٨٦ ـ وقد روى الطحاوي في المختصر في العبد مثل قول الشافعي (رحمه الله) (٢).

---

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس . وانظر بداية المجتهد ٢ / ٢٣ وفيها « قال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً ، وبه قــال اهل الظاهر ، وقــال ابو حنيفــة والشافعي لا يجـوز له الجمـع الا بين اثنين فقط » .

(٢) من نسخة تونس .

فصـــــل

إقرار المولى على عبده بالنكاح

٥٧٨٧ ـ ولو اقر المولى على عبده بالنكاح لم يجز عند ابي حنيفة .

٥٧٨٨ ـ وجاز عند ابي يوسف ومحمد ، سويا بين العبـــد والامة ، وفرق هو في ذلك .

٥٧٩٩ ـ وقد روى عن ابي حنيفة مثل قولهما ، وروى عنه انه قال في العبد يقبل وفي الامة لا يقبل لانه فــرج ، حكى الرواية ابو الليث في خلافه لاصحابنا .

٥٧٩٠ ـ واتفقت الرواية عنه ان المولى لايقبل اقراره في الصغير والصغيرة ويقبل عقده .

٥٧٩١ ـ وكذلك وكيل المرأة (١) والزوج لا يقبل اقراره عنده ؛

٧٥٩٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقبل الجميع .

فصـــــل

حكم من ذهبت بكارتها في الإذن

٥٧٩٣ ـ وقالوا : لو ذهبت بكارة الحرة بطول الزمان او وثبة فهي بحكم البكر في السكوت انه اذن منها ، ولو ذهبت بما يجب به المهـــر فهي ثيب في الاذن

٥٧٩٤ ـ واختلفوا في الزنا فقال ابو حنيفة هي كالبكر .

٥٧٩٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد هي كالثيب ، وهو قول الشافعي ؛

---

(١) في نسخة تونس (الوكيل) بدلا من (وكيل المرأة) .

٥٧٩٦ ـ لان هذا وطء ولا يتعلق به حكم من احكام النكاح .

فصـــــل

إجبار الأمة في عيوب الزوج

٥٧٩٧ ـ وان زوج أمته من ابرص او مجذوم فلاخيار لها عندنا ؛

٥٧٩٨ ـ وقال الشافعي لها الخيار .

وان وجدته مجنوناً او عنيناً فالخيار الى المولى عند ابي حنيفـــه وزفر ولا خيار لها ،

٥٨٩٩ ـ وقال ابو يوسف الخيار لها دون المولى ؛

فصـــــل

تزوجت على أنها حرة

٥٨٠٠ ـ ولو تزوجت على انهـــا حرة فاذا هي امة فالنكاح باطل ولا يجوز إلا ان يجيزه المستحق .

٥٨٠١ وما ولدت قبل ذلك فهو حر ، وعلى الزوج قيمـــة ما هو حي من الأولاد دون الميت، ويرجع به على الغار له كائنا من كان فإن كانت هي التي غرت رجع عليها بعد العتق .

فصـــــل

شرط في النكاح على أنه حر إلخ . .

٥٨٠٢ ـ واذا شرط في النكاح انه حر ، فكان عبداً قـــد أذن له مولاه ، او

من عشيرة فكان من غيرها او بكراً وكانت ثيباً ، او وجد بخلاف ما شرط فالنكاح جائز .

٥٨٠٣ وقال الشافعي وهو باطل في أحد قوليه لان المعقود عليه ليس هو عين الزوج (١) عندنا .

فصل

إجبار أم الولد والمكاتبة على النكاح

٥٨٠٤ ـ ويجوز اجبار ام الولد على النكاح .

٥٨٠٥ ـ وقال الشافعي لا يجوز .

واتفقوا على انه لا يجوز في المكاتبة .

فصل

تزوج أخت أم ولده في عدتها منه

٥٨٠٦ ـ ولا يجوز ان يتزوج اخت ام ولده في عدتها منه من العتق .

٥٨٠٧ ـ وقال الشافعي يجوز، لأن عدتها اقوى من فراشها لأنه لا يملك ان ينقله الى غيره .

فصل

إعفاف العبد والأب

٥٨٠٨ ـ ولا يجب على المولى اعفاف عبده ، ولا يجوز على الإبن اعفاف الأب .

---

(١) في نسخة تونس (المزوج) .

٥٨٠٩ ـ وقال الشافعي يجب في ذلك ولا يجب في الام والأبن بإجماع .

فصـــــل

من له أب في الإسلام

٥٨١٠ ـ ومن له أب في الإسلام فغير كفوء لمن له آباء ؛

٥٨١١ ـ وقال الشافعي هماسواء في الكفاءة (١) .

فصـــــل

تزوج الأب جارية الإبن إلخ ..

٥٨١٢ ـ ويجوز للأب ان يتزوج جارية ابنه .

٥٨١٣ ـ وقال الشافعي لا يجوز .

٥٨١٤ ـ واتفقوا على ان المولى لا يجوز ان يتزوج بجارية المكاتب ، ويجوز للمكاتب ان يتزوج بجارية المولى؛

٥٨١٥ ـ وان زوج ابنه من مكاتبته او بنته من مكاتبه ثم مـــات لم ينفسخ النكاح عندنا (٢) ؛

٥٨١٦ ـ وقال الشافعي ينفسخ لانه لا يجوز في هذه الحالة عقده .

٥٨١٧ ـ وقـد يجوز ان يبقى النكاح في حال لا يجوز ان يبدأ كنكاح الامة اذا تزوج حرة وكما لو قدر على نكاح حرة بعد الامة .

---

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) لم يرد هذا البند والبنود الاربعة اللاحقة عليه في نسخة تونس .

فصـــــل

المكاتب يشتري زوجته

٥٨١٨ ـ والمكـاتب اذا اشترى زوجتـه والمأذون لـه في التجـارة لم يبطل النكاح .

٥٨١٩ ـ وقال الشافعي يبطل . والعلة في الجميـع انه ما ملك به الزوجـة ملكاً تاماً .

فصـــــل

العزل عن الزوجة الأمة

٥٨٢٠ ـ واذا عزل عن الزوجة الأمة فالأذن الى المولى عند ابي حنيفة ومحمد.

٥٨٢١ ـ وقال ابو يوسف اليها .

٥٨٢٢ وقال الشافعي يعزل بغير اذن احد.

٥٨٢٣ ـ لان الحق للولى في الولد فهو كالحرة في حق الإذن .

فصـــــل

أعتقت تحت عبد أو حر

٥٨٢٤ ـ واذا اعتقت(١) تحت عبد او حر فلهـا الخيار في فسخ النكاح والبقاء عليه .

٥٨٢٥ ـ وقال مالك والشافعي لاخيار لها ان كان حراً ولها في العبد الخيار (٢).

(١) في نسخه تونس : (والامة اذا اعتقت) .

(٢) في نسخة تونس زيادة (في احد قوايه وفي الآخر النكاح باطل وان كان الحمل منها) .

٥٨٢٦ ـ وقال او تزوجت حرة رجلا على انه حر فكان عبداً او عبد فكان حراً ان لها الخيار فى احد قوليه ، وفى الآخر النكاح باطل وان كان اكمل منها .

فصـــــل

بيع الأمة المزوجة

٥٨٢٧ ـ وبيـــع الأمة المزوجة جائز والنكاح باق .

٥٨٢٨ ـ وقال ابن عباس والاعمش بيع الأمة طلاقها .

٥٨٢٩ ـ ولو بطل النكاح لماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم (بريرة)(١) فى النكاح .

٥٨٣٠ ـ وان اختارت وهي معتدة زوجها او الفرقه صح خيارها ، خلاف الشافعي لا يصح .

فصـــــل

مكاتبة تزوجت بإذن المولى

٥٨٣١ ـ والمكاتبة اذا تزوجت باذن المولى ثم اعتقت بالاداء او العتاق من سيدها ، فلها الخيار لان العقد تم عليها ، وهي لا تملك نفسها .

٥٨٣٢ ـ وقال زفر لا خيار .

٥٨٣٣ ـ واتفق اصحابنا على ان الأمة او تزوجت بغير اذن المولى ان النكاح موقوف على اجازته ، فان اعتقت جاز النكاح ولا خيار لها .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس .

فصـــــل

انتقال الإجازة

٥٨٣٤ ـ والاجازة يجوز ان تقف على واحد وتنتقل الى آخر عندنا ، وقال زفر لا يجوز لان الخيار لا يورث.

فصـــــل

ما يدخل تحت إذن المولى بالتزوج

٥٨٣٥ والمولى اذا اذن لعبده بالتزوج ، دخل فى اذنه الصحيـــح من المباح والفاسد عند ابي حنيفة .

٥٨٣٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يدخل الفاسد فى الاذن .

فصـــــل

للمكاتب تزويج الأمة . . إلخ

٥٨٣٧ ـ والمكاتب يزوج الأمة دون العبد وكذلك ابوالصبي والصبي المأذون والمضارب ، وقال ابو يوسف يجوز الجميـــع اذا كان من التجارة وللصبي ، وقد روي عن ابي حنيفة حكاه ابن كاس فى الخلاف(١).

فصـــــل

النكاح المقترن بشرط والمعلق عليه

٥٨٣٨ ـ واذا تزوج بشرط صح النكاح وبطل الشرط .

---

(١) فى نسخة قليج : الخصال .

٥٨٣٩ ـ وقال الشافعي يبطل النكاح .

٥٨٤٠ ـ واتفقوا على انه لو طلق او اعتق وشرط الخيار ، انه يصح ويبطل الشـرط .

فصـــل

تعليق طلاقها على النكاح

٥٨٤١ ـ ولو قال لها : اذا تزوجتك ودخلت فانت طالق صح النكاح ووقع الطلاق عند وجود الشرط .

٥٨٤٢ ـ وقال الشافعي لا يصح النكاح ، ولا تحل لزوجها الأول .

٥٨٤٣ ـ وقال محمد يصح النكاح ولا تحل للأول .

٥٨٤٤ ـ وبقول الشافعي في البطلان قال ابو يوسف اذا شرط تحليلها للأول لأن الشـروط الفاسدة لا تفسد النكـاح ، كما لو شـرط ان لا يسافر بها .

فصـــل

الحرمة بالزنا

٥٨٤٥ ـ ومن زنا بإمرأة حرمت عليه امها وبنتها .

٥٨٤٦ ـ والزنا يوجب تحريم المصاهرة كالوطء بشبهه (١) .

٥٨٤٧ ـ وقال ابو يوسف لا يوجب تحريم المصاهرة .

---

(١) في نسخـة تونس (بين المتعاقـدين) بدلا من (كالوطء بشبهه) وهو غلط .

فصـــــل

٥٨٤٨ ـ واتفق الجميع على ان العقد الفاسد لا يوجب حرمـة المصاهرة بين المتعاقدين (١) .

فصـــــل

٥٨٤٩ ـ وكـذلك قال اصحابنا فى اللمس بشـهوة والنظـر الى الفرج (انه) (٢) يوجب التحريم .

٥٨٥٠ ـ وللشافعي قولان فيما عدا الوطء .

٥٨٥١ ـ واتفق الجميع على انه لو كان لغير شهوة لما اوجب التحريم لانه مباح لغير الزوج .

فصـــــل

البنت من الزنا

٥٨٥٢ ـ وبنته من الزنا لا يحق له نكاحها .

٥٨٥٣ ـ وقال الشافعي يحل له ان يتزوجها .

٥٨٥٤ ـ ولهم فى بنت الملاعنة وجهان .

فصـــــل

الإبن من الزنا لا ينكح أمه

٥٨٥٥ ـ واتفق الجميـع على ان الابن من الزنا لا ينكح امه ولا سائر من يحرم على الولد الحلال .

---

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) من نسخة تونس .

فصـــــل

أقر أن زوجته بنته

٥٨٥٦ ـ وقالو : لو اقر رجل ان زوجه بنته او اخته انها تحرم عليـــه ولا يثبت النسب منه ، ولا فــرق بين من هى معروفـــة النسب او مجهولـــة (١) ؛

فصـــــل

نكاح الزانية الحامل

٥٨٥٧ ـ والزانية الحامل يجوز نكاحها ولا يطـــأها الزوج حتى تضع (٢) .

٥٨٥٨ ـ وقال ابو يوسف النكاح باطل .

٥٨٥٩ ـ وقال الشافعى النكاح جائز ويطـــأها مع الحمل،

---

(١) فى هامش نسخة (ق) تعليق على هذا الفصل حيث جـــاء : القول الذي فى كتب الفقه ان امرأة الرجل (ان كان) لها نسب معروف لا يفرق بينهما وان كان يولد مثلها لمثلـــه ولم يكن لهـــا نسب معروف فلو قال بعده وهمت أو اخطأت او غلطت او نسيت صـــدق ، ولو ثبت على اقراره وقال هو حق كما قلت او اشهد عليه شهوداً فـــرق بينهما ، فان جحد بعد ذلك لا ينفع جحوده ، ثم ان كان يولد مثلهـــا لمثله واقرت المرأة انها بنته ثبت النسب وان كان لا يولد مثلها لمثله لا يثبت النسب ويفرق بينهما ، ولم ار فى هذا خلافاً « أ هـ » .

(٢) انظر المحلى ١٠/٢٧ بند ١٨٧٣ .

٥٨٦٠ ـ ولو جاز وطء الحامل لغير من الحمل من جهته لكانت المرأة اذا وطئت وهى نائمة ولا تعرف الواطئ ان يطأها زوجها .

فصـــــل

٥٨٦١ ـ والوطء فى الموضع المكروه حرام فى ملك اليمين والنكاح .

٥٨٦٢ ـ وقال المزني في المختصر : قال الشافعى ذهب بعض اصحابنـــا الى تحليله واخرون الى تحريمه (١) .

٥٨٦٣ ـ وقد حكى فى الخلاف عن مالك (٢) وهو مذهب الشيعة من الإمامية (٣) وفيه آثار وفى منعه نظر وقياس .

٥٨٦٤ ـ وقد روي عن ابن عمر اباحة ذلك ، وروي عنه خلافه.

---

(١) وفيه ايضاً فلست ارخص فيه بل انهى عنه، فأما التلذذ بغير ايلاج بين الأليتين فلا بأس به ، وان اصابها في الدبر ولم يحصنهـا وينهاه الامام فان عـــاد عزره ، فأن كان فى زنا حده (مختصر المزني ص ١٧٢) .

(٢) انكرت متون المالكية نسبة هذا القول الشنيـع الى مالك (انظر اسهل المدارك ٢/١٣٠ - ١ (١٣) .

(٣) اما في مذهب الاماميـــة الاثنا عشرية فقد جاء في شرائـــع الاسلام للمحقق الحلي :

« الوطء » فى الدبر ، فيه روايتان احداها الجواز وهو المشهـــور بين الأصحاب ، لكن على كراهية شديدة .

ومن هذا يفهم ان قول السمناني « وهو مذهب الشيعـــة الخ » . . غير دقيق لان فيه تفصيلا وروايتين . فالاطلاق غير صحيح .

فصـــــل

الإحرام لا يمنع عقد النكاح

٥٨٦٥ ـ والاحرام لا يمنـــع العقد فى النكاح كما لا يمنـــع الشراء للأمة ولا يعقد على وليته لغيره ، وقال الشافعى لا يزوج ولا يتزوج .

٥٨٦٦ ـ واجاز ان يراجـــع في الاحرام .

٥٨٦٧ ـ ومن اصحابه من قال لا يكون شاهدا فيه ايضاً .

٥٨٦٨ ـ ولو كان الإحرام يمنـــع العقد لابطل النكاح كالملك والكفر ولكان سائر العبادات مثل الحـــج لإن الوطء في جميـــع ذلك حـــرام ، والعقد مباح كذلك الحج .

فصـــــل

نكاح الكافر

٥٨٦٩ ـ ونكاح الكـــافر جـــائز كما يجوز نكاح المســـلم فيما يجوز نـــكاح المسلم فيه .

فصـــــل

٥٨٧٠ ـ واذا أسلم وتحته اكثر من أربـــع نسوة او اختين فأنه يمسك الأولى وتحرم الثانية ولا يختار احداهما ولا اربعاً اذا وقع عليهن معاً (١) .

---

(١) ما ذكره السمناني هـــو قول ابي حنيفـــه والثورى وابن ابي ليلى وبخلاف ذلك ذهب مالك والشافعي واحمد وداود (بداية المجتهد لإبن رشد ٢ / ٤٠) .

٥٨٧١ وقال محمد والشافعي يختار اربعاً مما زاد واحدى الاختين .

٥٨٧٢ ـ ولو تزوج بشرط متعة الى اجل لم يجز عنده (١) .

٥٨٧٣ ـ وقال لو تزوج امرأة وبنتها ودخل بهما لم يختر في ذلك فلم يمض على اصله في الباب (٢) .

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٢/٤٧) في صدد نكاح المتعة « انه تواترت الاخبار عن رسول الله (ص) بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم .» واكثر الصحابه وجميع فقهاء الامصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واهل اليمن ، ورووا ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله (فما استمتعتم به منهن ، فآتوهن اجورهن فريضة ، ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه : الى اجل مسمى . ثم نهى عنها عمر الناس .

ونكاح المتعة جائز في فقه الامامية الإثنا عشرية ويسمى عندهم ايضاً النكاح المنقطع ويشترط فيه عندهم المهر خاصة والأجل فلو لم يذكره انعقد دائما ويجوز عندهم ان يقتصر على بعض يوم بشرط ان يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب . وللبالغة الرشيدة ان تمنع نفسها وليس لوليها اعتراض بكراً كانت او ثيباً على الأشهر عندهم ، ولا يقع بها طلاق وتبين بانقضاء المدة ، ولا يثبت بهذا العقد ميراث الزوجين شرطاً سقوطه او اطلقا (انظر تفصيل ذلك في شرائع الاسلام (٢/٢٣ ـ ٢٦) ولم يرد في القانون المدني الايراني تحريم لزواج المتعة بل ورد في المادة (٩٩٣) منه وجوب تسجيل الزواج المنقطع في سجل الأحوال شأنه في ذلك شأن الزواج الدائم =

فصـــــل

هجرة أحدهما إلى دار الإسلام

٥٨٧٤ ـ واذا هاجر احـد الزوجين الى دار الإسلام مسلما او ذميـاً وقعت الفرقة بينه وبين الآخر .

٥٨٧٥ ـ وقال الشافعي لا تقـع ، ويقف على مضي العدة وان كانت مدخولا بها ، وان لم يدخل بها وقعت الفرقة .

٥٨٧٦ ـ وان كانت المهاجرة امرأة فلا عـدة عليها عند ابي حنيفة ، ولهـا ان تتزوج .

٥٨٧٧ ـ وقال عليها العدة .

٥٨٧٨ ـ وهو قول الشافعي .

٥٨٧٩ ـ واختلفت الرواية في الحامـل المهاجرة هل لهـا ان تتزوج عنـد أبي حنيفة .

فصـــــل

الفرقة بالردة

٥٨٨٠ ـ واذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقـة بينهما ، ولا فرق بين ان يدخل بها او لا يدخل .

وورد في المادة (١٠٧٥) منه ان النكاح الوقتي منقطع ويكون للمدة المعينة كما ورد في المادة (١٠٧٦) ان مدة النكاح المنقطـع يجب ان تعين تعييناً كاملا .

(٢) لم يرد هذا البند والبنود الستة اللاحقة عليه في نسخة تولس .

٥٨٨١ ـ وقال الشافعي ان كان دخل بها لم تقــع حتى تمضي ثلاث حيض فأيهما عاد قبل انقضاء العدة فهما على النكاح .

٥٨٨٢ ـ وان ارتدا معاً فهما على النكاح استحساناً .

٥٨٨٣ ـ والقياس ان الفرقة تقــع ، وهو قول زفر .

٥٨٨٤ ـ اما الشافعي فمضى على اصله في اعتبار العدة في المدخول بها .

فصـــــل

إسلام أحد الزوجين

٥٨٨٥ ـ واذا اسلم احد الذميين عرض على الآخر الاسلام ، فإن اسلم فهو عــلى النكاح وان ابي فــرق بينهما ، وان كانت في دار الحرب وقفت على ثلاث حيض .

٥٨٨٦ ـ وقال الشافعي حــكم الاسلام حــكم الردة في الفرقة ، ولا يعرض على الآخر الاسلام .

فصـــــل

تهود النصراني وتنصر اليهودي

٥٨٨٧ ـ وان تهود النصراني او تنصر اليهودي فهما على النكاح ، ولا يقتل ولا يرد الى دينه الأول لأنه يقر على الثاني ابتداء .

٥٨٨٨ ـ وقال الشافعي يرد الى دينه الأول او الاسلام وتقــع الفرقة بينــه وبين زوجته وان امتنــع قتل عنده .

فصـــل

العيوب[1]

٥٨٨٩ ـ والنكاح لا يفسخ بشيء من العيوب الموجودة بأحد الزوجين .

٥٨٩٠ ـ وقـال الشافعي يفسخ بثـلاث عيوب يشـترك فيها الرجـل والمرأة وهي :

الجنون والجذام والبرص ، والقرن والرتق في الزوجة والجب والعنة في الزوج (٢) ؛

---

(١) اجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٨٥٩ للزوجة ان تطلب التفريق اذا اطلعت بعد العقد ان الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهري والجنون (م / ٤٤) او اصيب اخيراً بعلة من هذه العلل . وجعلت الفقرة (٣) من المادة المذكورة للمحكمة ان تؤجل التفريق حتى زوال العلـة وللزوجة ان تمتنـع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل وعندي ان هذا النص بحاجة الى التعديل بما يحقق لزوجة المصاب بالزهري والجنون التفريق دون الزامها بإنتظار زوال العلة لخطورة هـذين المرضين واحتمال ابتلاء الزوجة او هي والأولاد بهما .

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٤٤) من قـانون الاحوال الشخصية العراقي على انه « اذا وجدت الزوجة زوجها عنيناً او مبتلي بما يمنع البناء فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق وهذا النص جعل للزوجـة طلب التفريق في حالتي الجب والعنه ولم يقتصر عليهما بل عمم حكمه فجعله ينصرف الى كل ما يمنع البناء بالزوجة وحسناً فعل »

٥٨٩١ ـ ولا ينفسخ بما سوى ذلك من العيوب .
٥٨٩٢ ـ ولو جاز الفسخ بعيب لكان كل عيب مثله كالبيع (١)

---

(١) اقتصر السمناني على حكم عيوب الزوجين أو احـــدهما في المذهبين الحنفي والشافعي . وما رواه عن المذهب الحنفي هو قول ابي حنيفة وابي يوسف ، وفي مختصر الطحاوي ان محمداً غير رأيه وقاس الجنون والبرص على العنـــة (مختصر الطحاوي ، ص١٨١ــ١٨٢) . وفي بداية المجتهد (٢/٤٢) « قال ابو حنيفة وأصحابه ، والثوري لاترد المرأة في النكاح الا بعيبين فقط : القرن والرتق ، ولم ترد الاشارة الى هذا الاستثناء في السمناني . وقد فصل ابن رشـــد في بداية المجتهد اقوال سائر الفقهاء في خيار العيوب في النكاح بقولـه : (اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين : احدهما ، هل يرد بالعيوب او لا يرد ؟

والموضع الثاني ، اذا قلنا انه يرد فمن ايها يرد ، وما حكم ذلك ؟

فاما الموضـــع الاول . فان مالكا والشـــافعي واصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لاتوجب خيار الرد والامساك ، وهو قول عمر بن عبدالعزيز .

وسبب اختلافهم شيئان : احدهما قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع .

فاما قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ماروى عن عمر بن الخطاب انه قال : ايما رجل تزوج امـــرأة وبها جنون أو جـــذام او برص ـ وفي بعض الروايات او قرن ـ فلها صداقها كاملا وذلك غرم ـ

فصـــــل

٥٨٩٣ ـ والمتولد بين كتابي ومجوسي يحل نكاحـــه لانه يغلب الكتاب بأي الأبوين كان ؛

ـ لزوجها على وليها .

واما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار العيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيـــع لأجماع المســـلمين على انه لايرد النـكاح بكل عيب يرد به البيع .

واما الموضع الثاني في الرد بالعيوب ، فانهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها ، وفي ايها لا يرد ، وفي حكم الرد .

فاتفق مالك والشـــافعي على ان الرد يكون من اربعـــة عيوب : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء . اما قرن او رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء ، واختلف اصحاب مالك في اربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخـــر الأنف ، فقيل ترد وقيل لاترد .

فاما احكام الرد ، فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه .

واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس :

٥٨٩٤ ـ وقال الشافعي يغلب الاسلام بأحد الأبوين وفي الكتاب يغلب جهة الأب دون الأم ولا يحل نكاح من ذكرناه .

فصــــل

الذميون والغسل من الجنازة والحيض

٥٨٩٥ ـ ولا يجبر ذمي على غسل من جنابة ولا حيض وقال الشافعي تجـبر الذمية على ذلك ان كان زوجها مسلما .

= فقال مالك : ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار ، يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء .

وان كان بعيداً رجـع الزوج على المرأة بالصـداق كله الا ربع دينار فقط .

وقال الشافعي : ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ، ولارجوع له عليها ولا على ولي ، (بداية المجتهد ٢/٤١ ـ ٤٢) وانظر الفقرة (٢) من المادة ٤٤ من قانون الاحوال الشخصية) .

باب

المجبوب والعنين والخصي واختلافهما في ذلك

٥٨٩٦ - المجبوب (١) ان تزوج جاز نكاحه ، فان كانت الزوجة تعلم بذلك فلا خيار لها ، وان كانت جاهلة بالحال خيرت ، ولا يؤجل لأنه لا يرجى له صلاح .

فصـــــل

تأجيل العنين(٢)

٥٨٩٧ - وان كان عنيناً أجل سنة شمسية ، لا هـــلالية ، بخلاف الآجال فى الديون والزكاة والدية (٣)

---

(١) جاء فى لسان العرب في مادة (جبب) : الجب : القطع ، جبه يجبـــه جبا وجبابا واجتبه وجب خصاه جبا أستأصـــله ، وخصى مجبوب : بين الجباب والمجبوب الخصى الذي قد استؤصل ذكره وخصياه :

(٢) يمكن القول ان تأجيل العنين يمكن العمل به بالرغم من ان الفقرة الاولى من المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية لم تشر الى تأجيل =

فصـــــل

الآثار المروية في تأجيله

وقد أجل عمر بن الخطاب العنين سنة ، فان وصل اليها والا فرق .

وقد روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال :

ما انا بمفرق بينكما فاتقي الله واصبري .

وأجل عبدالله بن ابي ربيعة عشرة اشهر .

٥٨٩٨ ـ وكل من اعتبر الأجل اعتبر سنة وهو قول ابراهيم وعطاء والشعبي وابن المسيب وعبدالملك بن مروان .

= العنين ويؤيد ذلك نص الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة وتفرقته بين علة يؤمل زوالها واخرى لايؤمل فهو مطلق ينصرف الى جميع العلل المذكورة مثل ذلك .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (عنن) : العنين : الذي لا يأتي النساء ولا يريدهن بين العنانة والعنينة والعنينية ، وعنن عن امرأته اذاحكم القاضي عليه بذلك أو منع عنها بالسحر ، والاسـم منه العنة (وهو من التعنين اي الحبس) كأنه اعترضه مايحبسه عن النساء وامرأةعنينة كذلك لاتريد الرجال ولاتشتهيهم وهو فعيل بمعنى مفعول مثل خريج

فصـــل

وصل إليها مرة

٥٨٩٩ وان وصل اليها مرة فلا خيار لها ابداً .

فصـــل

الفرقة بالعنة طلاق

٥٩٠٠ ـ ومن ادعت عليه امرأته انه لايصل اليها ، فان صدقها أجله الحاكم سنة ، فان وصل اليها فهي امرأته ، وان لم يصل اليها فرق بينهما ، وكانت الفرقة طلاقاً لأنها بسبب من جهة الزوج خاصة .

فصـــل

تفريق القاضي بينهما

٥٩٠١ ـ ولا تقع الفرقة باختيارها حتى يفرق القاضي بينهما في رواية الحسن عن ابي حنيفة (١) .

٥٩٠٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد عنه تقع باختيارها مادامت في المجلس ، فان قامت أو اعرضت بطل الخيار .

---

(١) بهذا القول اخذت المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وحسناً فعلت :

فصـــــل

ادعاء البكر عنة زوجها

٥٩٠٣ ـ وان كانت بكراً وأدعت ما ذكرناه وكذبها الزوج وأدعى الوصول اليها ، وانها ليست ببكر ، فانا يريها النساء ، فان قلن هي بكر اجله سنة ، فان عادت وقالت : لم يصـــل الي ، وادعى الوصول ، اريت النساء ، فان قلن هي بكر خيرها الحاكم ، وان قلن هي ثيب احلفه انه وصل اليها ، وهي امرأته ولاخيار لها وان تكل خيرها الحاكم .

٥٩٠٤ ـ وان قال : ما تقدمت اليها بعد الأجل وانما تقدمت اليها قبل ذلك خيرها الحاكم .

فصـــــل

ادعى الوصول إلى الثيب

٥٩٠٥ ـ وان كانت المرأة ثيباً فادعى الوصول اليها فالقول قـــوله ، وان اختلفت النساء في الشهادة عليها استظهر بغيرهن ، ويحتسب عليها بأيام الحيض واوقات الصلوات ولا يحتسب ايام المرض اذا لم يمكن معه الجماع ، ولا يحتسب عليه ايام الحبس لها ولا لغيرها ، وان امكنه الوصول في الحبس احتسب بذلك .

فصـــــل

شرح حال العنين في كتاب القاضي

٥٩٠٦ ـ وينبغي للقاضي ان يشرح الحال ويكتب كتابا ويؤرخ اول المدة ،

وان عزل القاضي أو مات قام الثاني مقامه في ذلك وفرق لأنه ينفذ حكم من مضى قبله .

فصـــــل

الزيادة في الأجل

٥٩٠٧ - وان سألها الزيادة في الأجل ففعلت ثم رجعت في ذلك قبل الحول او بعده فلها ذلك لانها تبرعت بما لم يسلم اليه .

فصـــــل

فرق بينهما ثم تزوجها

٥٩٠٨ - وان فرق بينهما ثم عاد الزوج وتزوجها وادعت العنة ، وقالت انه وعـــدني ان يصل الي فلا خيار لها والنكاح لازم لها لانهـــا علمت بالعيب .

فصـــــل

تزوجها بعد الطلاق

٥٩٠٩ - ولو كان طلقها ثلاثاً وتزوجت بغيره وكانت قد ولدت من الاول ولداً ثم تزوجها بعد الطلاق الثاني وأدعت عليه العنة يؤجل لأن هذا نكاح غير الاول ولا يبنى عليه في حكم من الاحكام فهي فيه كمن لم يتزوجها من قبل في جميع الاحكام والدعاوي .

فصـــــل

يصل إلى غيرها إلخ

٥٩١٠ ـ وان كان يصل الى غيرها ولا يصل اليها أجل ولا عبرة بغيرها .

٥٩١١ ـ وان كان يجامعها فيا دون الفرج زمانا ثم طلبت الوصول وهي بكر أو ثيب أجل ولا يذهب حقها من الوطء في الفرج :

فصـــــل

زوج الأمة عنين

٥٩١٢ ـ وزوج الأمة اذا كان عنيناً فالخيار الى المولى عند ابي حنيفة وزفر ذكره الخصاف وابو الليث :

٥٩١٣ ـ وقال ابو يوسف لها الخيار وقد مضت .

فصـــــل

٥٩١٤ ـ واذا فرق بينهما فهي طلقة بائنة لأنها لو كانت رجعية لما افادت الحكم ؛

فصـــــل

٥٩١٥ ـ وان اختارت المقام معه فلا خيار لها ابداً .

فصـــــل

الاختيار قبل الفرقة

٥٩١٦ ـ ولها ان تختار قبل فـــرقة القاضي زوجها ، ولا يثبت لها بعد ذلك خيـــار .

فصـــــل

جاءت بولد من المجبوب

٥٩١٧ ـ والمجبوب اذا فرق بينه وبين زوجته ثم جاءت بولد فيما بينها وبين سنتين لزمه الولد ، اذا لم تقر بانقضاء العدة ، وكان عليه المهر كاملا في قولهم جميعاً ، لأن الولد شاهد بالوصول .

٥٩١٨ ـ وان فرق بعد الخلوة فعليه المهر كاملا عند ابي حنيفـــة وزفر وهو قولهما في العنين :

٥٩١٩ ـ واتفق اصحابنا في العنين ان لها المهر كاملا .

٥٩٢٠ ـ واختلفوا في المجبوب .

٥٩٢١ ـ وهو قول شـــريح والشعبي وابراهيم وعطاء وســـعيد بن المسيب والحسن وعروة بن الزبير .

٥٩٢٢ ـ وقال طاووس لها نصف المهر .

فصـــــل

عدة امرأة المجبوب

٥٩٢٣ ـ واتفق اصحابنا ان على امرأة المجبوب العدة .

فصـــــل

استقرار المهر

٥٩٢٤ ـ وقال الشافعي الخلوة لاتقرر المهر من عنين ولا مجبوب ولافحل ولا يستقر المهر الا بالوطء او الموت .

فصـــــل

لا خيار للرتقاء

٥٩٢٥ ـ والمرأة اذا كانت رتقاء والزوج مجبوباً فلا خيار لها، والنكاح لازم لها ، لأنه لا حق لها في الوطء .

فصـــــل

٥٩٢٦ ـ وان حلف الزوج والزوجة فقالت هو مجبوب ، وقـــال الزوج انا فحل ، وقد وصلت اليها ، نظر الى الرجل دونها ، فان كان مجبوباً خيرت وان كان يتبين امره بالجس من غير كشف عورة فعل ، وان كان لا يتبين كشف عنه ، وقد يجوز ذلك لأجل حق الغير كما يجوز لأجل الختان فيمن اسلم كبيراً او كمن شهد عليه بالاحصان وادعى الجب فانه ينظر اليه ، كما ينظر الشهود في الزنا الى الفرجين .

فصـــــل

ادعى أنها رتقاء

٥٩٢٧ ـ وان قالت هو مجبوب وقال هي رتقاء نظر اليها النساء ، فـــان قلن انها رتقاء فلا خيار لها سواء كان الزوج فحلا او مجبوباً .

فصـــــل

تزوج لمدة سنة

٥٩٢٨ ـ واذا تزوج الرجل مدة سنة او دونها فهو باطل عنـــد ابي حنيفة وصاحبيـــه .

٥٩٢٩ ـ وقال زفر النكاح جائز والشرط باطل ، وحكاه شيخنا قاضـــي القضاة رحمه الله عن حماد بن ابي حنيفة .

٥٩٣٠ ـ وقال الحسن بن زياد ، ان كانت المدة لا يعيشان اليهـــا فالنكاح جائز وان كان يجوز ان يبلغا ذلك بطـــل النكاح لانه نكاح مؤبد بقطعه الموت .

باب

دعوى النكاح على الرجل والمرأة

٥٩٣١ ـ ولو ان اختين ادعت كل واحدة منهما على رجل انه تزوجها قبل اختها واقامت كل واحدة البينه بما ادعت فالبيان الى الزوج، والقول قوله فى الأول ، فان ابي ان يبين فرق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما نصفان ان لم يكن دخل بهما لأن احد النكاحين باطل والآخر قد وقع فيه الفرقة قبل الدخول ، فيجب نصف المهر وقد تساويا فى الدعوى فقسم بينهما بالسوية .

فصـــــل

٥٩٣٢ ـ وعن محمد انه يلزمه مهر كامل بينهما بالسوية لكل واحدة نصف .

٥٩٣٣ وذكر عن ابي يوسف فى الاملاء انه لاشيء لواحــدة منهما ، لان القضاء بالمجهول لا يصح .

فصـــــل

الكفيل بالمهر

٥٩٣٤ ـ ولو ان رجلا حضر عند امرأة وقال لها ان زوجك طلقك ومضت العدة وانه امرني ان ازوجك به دفعة اخرى وضمن لها المهر فحضر الزوج وانكر الاذن فلا شيء عليه ، ولا على الكفيل عند ابي يوسف وهو ظاهر المذهب .

وقال زفر على الكفيل المهر باقراره بالكفالة .

فصـــــل

ادعت أنه زوج أختها إلخ . .

٥٩٣٥ ـ ومن ادعى نكاح امرأة فاقامت البينة انه زوج اختها الغائبـة او امها ، واقام هو البينة عليها بالنكاح فالبينة بينه الزوج ، ويقضي على الحاضرة بالنكاح عند ابي حنيفه .

٥٩٣٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد تقف البينتان ولا يحكم بشيء لكن وكل رجلا يحمل اليه زوجتـه او امته فاقامت الزوجة او الامه بينة انه طلقها ثلاثا او اعتقها فانه يقف الحكم ولا يحـكم على الغائب بطلاق ولا عتـاق .

٥٩٣٧ ـ وحكى قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه ان من اصحابنا من قال يحـكم ببينة الحاضرة في صحة نكاح الغائبة وابطال نكاح الحاضرة ، ومنهم من قال يحـكم بابطال نكاح الحاضرة ولا يحكم بنكاح الغائبة ، ولو شهدوا انه دخل بالأم جازت الشهـادة وحكم بابطال نكاح الحاضرة باتفاق .

استدراك

حيث قد تم حصولي على نسخة مصورة اخرى من روضة القضاة للسمناني جلب ميكروفلمها من دار الكتب الوطنية بتونس فقد وجدت ضرورة مقابلتها مع ما طبع من هذا الكتاب فرأيت اخراج الجزء الثاني من المجلد الأول من كتاب روضة القضاة والشروع بالمجلد الثاني بعد تمام هذه المقابلة التي بدأت باجرائها من الصحيفة (٨٨١) من الجزء الثاني من المجلد الأول وقد اشرت الى النسخة الجديدة بعبارة نسخة تونس وسألحق بإذن الله في آخر المجلد الثاني استدراكا باهم ما سيظهر من زيادات في هذه النسخة بالنسبة للنسخ السابقة التي تم تحقيق الكتاب عليها مع العلم بان النسخة التونسية هذه مهمة كل الأهمية لما ورد فيها من اشارة الى مقابلتها مع نسخة المؤلف نفسه ومع ذلك فالظاهر ان كاتبها تخير جانباً من قواعد روضة القضاة واهمل جانباً ولعل هذا هو سر اضافة كلمة فتاوى الى اسم الكتاب في هذه النسخة ويعزى الفضل في حصولي على ميكروفلم نسخة تونس للسيد الاستاذ محمود ابن الشيخ المدعي العام لكتابة الدولة للعدل في الجمهورية التونسية ولدار الكتب الوطنية بتونس فلهما مني مزيد الشكر والتقدير .